El Estado español *en las Indias*

por J. M. OTS CAPDEQUI

4ª edición

JOSE MARIA OTS CAPDEQUI

El Estado Español en las Indias

FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
MÉXICO

México, 1941

INDICE

Págs.

Advertencia preliminar 7-8

I. Bases jurídicas de la colonización española en América 9-19

A. El derecho castellano, las primitivas costumbres jurídicas de los indios aborígenes y el derecho propiamente indiano 9

B. Carácter de las expediciones descubridoras: el esfuerzo privado individual y la acción oficial del Estado.—Las capitulaciones.—Política de población: las Ordenanzas de 1573 15

II. Las instituciones sociales 21-35

A. Núcleos sociales peninsulares que nutrieron las expediciones descubridoras y colonizadoras 21

B. El problema jurídico del extranjero en la colonización española de América 22

C. Las clases sociales en los territorios indianos . . 24

D. Los indios: su condición jurídica, económica y social 26

III. Las instituciones económicas 37-45

A. Las *Regalías* 37

B. El régimen de la tierra; agricultura y ganadería . . 38

C. Régimen minero 39

Págs

D. Comercio y navegación 41
E. Rasgos generales de la política económica de España en las Indias 44
IV. Gobierno y Administración 47-60

A. Los Adelantados-Gobernadores 47
B. Las Audiencias 47
C. Los Virreyes 49
D. Los Capitanes Generales-Gobernadores y los Gobernadores, Alcaldes Mayores o Corregidores . . 51
E. Régimen municipal 51
F. Los órganos de Gobierno radicados en la Metrópoli. Casa de Contratación de Sevilla. Consejo Supremo de las Indias, Visitas y Residencias . . . 53
G. Organización fiscal y régimen tributario . . . 57
H. El Regio Patronato Indiano 58
I. Las grandes reformas políticas y administrativas del siglo XVIII 59

V. Las instituciones del derecho privado 61-160

A. La regulación jurídica de la familia 62
B. La condición jurídica de la mujer 83
C. El derecho de sucesión 101
D. El derecho de propiedad 113
E. El derecho de obligaciones 145

ADVERTENCIA PRELIMINAR

Presentamos en este volumen un intento de sistematización de las instituciones sociales, económicas y jurídicas de la América de habla española durante el período colonial.

Las noticias históricas que en este ensayo se contienen, proceden, principalmente, de diversos trabajos de investigación personal realizados hace años en los más importantes archivos españoles y de algunas publicaciones monográficas de historiadores modernos de positiva autoridad: el argentino Ricardo Levene, el profesor de la Harvard University, Clarence H. Haring, el mexicano Silvio A. Zavala, y otros que oportunamente se citan.

Se trata, por lo tanto, de una obra de divulgación que creemos puede ser de utilidad a aquellos sectores del gran público interesados por estas materias, y singularmente a los estudiantes y profesores de Historia de América de los centros de enseñanza media y universitaria.

No se nos ocultan las dificultades que hoy ofrece tratar de presentar, en amplia visión panorámica, un cuadro sistemático del conjunto de las instituciones de la América de habla española durante el largo período histórico que se ha venido llamando, quizás con alguna impropiedad, período colonial. Faltan, sobre muchas cuestiones, investigaciones modernas que nos permitan conocer a fondo algunos aspectos importantes de la vida social, económica y jurídica, sobre todo en lo que se refiere al posible divorcio entre el derecho *y el* hecho, *dentro de la realidad histórica de cada uno de los antiguos virreinatos. Por eso, más que un resumen histórico de la vida de las distintas instituciones, lo que realmente intentamos presentar en las páginas de este libro, es una modesta sistematización de la acción*

institucional del Estado español en los territorios de lo que un día fueron las Indias Occidentales.

Aun así, nos asalta el temor de haber omitido la cita y consiguiente utilización de alguna aportación monográfica interesante sobre los temas estudiados, que haya podido ser publicada en fecha relativamente reciente. La incomunicación científica y profesional producida en España desde el momento mismo en que estalló la guerra civil y las dificultades que ofrece el trabajo en el exilio, lejos de los medios de información bibliográfica habituales, bastarán para justificar a los hombres de buena voluntad las omisiones que a este respecto puedan advertirse.

En todo caso, una obra como ésta ha de juzgarse más por lo que contiene que por lo que omite, si las omisiones en que se incurra no son verdaderamente fundamentales. Y siempre puede prestar el servicio de ser una aportación más para el mejor conocimiento de temas históricos interesantes que no han alcanzado hasta la fecha la difusión debida, así como un punto de partida para nuevas investigaciones.

Al ofrecer este modesto trabajo a las publicaciones de El Colegio de México, *queremos hacer presente el testimonio de nuestra gratitud más fervorosa a esa noble nación, tan generosamente hospitalaria, y a la figura egregia de su Presidente, el General Lázaro Cárdenas.*

Quede también constancia de nuestro profundo agradecimiento al Licenciado Cosío Villegas, gran animador de las más altas empresas culturales de México y gran amigo de los intelectuales españoles.

I. BASES JURIDICAS DE LA COLONIZACION ESPAÑOLA EN AMERICA

A. El derecho castellano, las primitivas costumbres jurídicas de los indios aborígenes y el derecho propiamente indiano

Es sabido que al tiempo de producirse los descubrimientos colombinos existía en España, desde el punto de vista político, una unidad dinástica, pero no una unidad nacional.

A pesar del matrimonio contraído por Isabel de Castilla con Fernando de Aragón, seguían estos dos viejos reinos peninsulares manteniendo cada uno de ellos su propia personalidad política y administrativa. En tierras de Castilla, continuaban rigiéndose según las normas jurídicas peculiares del derecho castellano. En los viejos Estados que integraban la corona de Aragón, se mantenía igualmente la vigencia de sus derechos particulares: aragonés, catalán, valenciano y mallorquín. Navarra, incorporada pronto al reino aragonés, conservaba en aquellos años, dentro de la Península, su condición de Estado soberano e independiente.

Estas circunstancias, unidas al hecho de que fuera Isabel la que patrocinase los proyectos descubridores de Colón, explican históricamente que los territorios de las que se llamaron Indias Occidentales *quedaran incorporados políticamente a la Corona de Castilla y que fuera el derecho castellano*[1] —y no los otros derechos españoles peninsulares— el que se proyectase desde España sobre estas comarcas

[1] En la Ley II, tít. I, lib. II, de la Recopilación de Leyes de las Indias de 1680, se disponía: "Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta Recopilación, o por cédulas, provisiones

del Nuevo Mundo, modelando, *originariamente,* la vida de sus instituciones.

Pero este Nuevo Mundo, de contenido tan vasto y tan complejo, presentaba características geográficas, raciales, sociales y económicas muy diversas. Tan pronto como se superó la primera etapa insular de la colonización y los españoles se adentraron en tierra continental —Tierra Firme—, tuvieron que enfrentarse con los aborígenes de estas comarcas, muchos de los cuales vivían dentro de fuertes organizaciones políticas —recordemos, como ejemplos más destacados, los viejos imperios de los aztecas de México, de los incas del Perú—, cuyas organizaciones, pasado el fragor de la conquista, convenía a

u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla conforme a la de Toro."

El orden de prelación de las fuentes del derecho castellano aceptado por la ley de Toro citada, era el mismo establecido por el Ordenamiento de Alcalá de Henares, promulgado en tiempos de Alfonso XI; o sea: en primer término, las leyes del propio Ordenamiento; a falta de precepto aplicable en el Ordenamiento, el Fuero Municipal vigente en la ciudad de que se tratare; a falta de Fuero Municipal, el Fuero Real de Alfonso X, y a falta de precepto aplicable en el Fuero Real, el Código de las Siete Partidas.

Este orden de prelación se mantuvo a todo lo largo de la Edad Moderna, con la única particularidad de que las fuentes que de nuevo se iban promulgando se incorporaban, ocupando el primer lugar, a la lista anterior. Tal ocurrió con las leyes de Toro, promulgadas en tiempos de Doña Juana la Loca (1505); con la Nueva Recopilación, promulgada en tiempo de Felipe II (1567), y con la Novísima Recopilación, promulgada en 1805.

No todas las leyes que se promulgaron en Castilla alcanzaron vigencia en los territorios de las Indias con este carácter de derecho supletorio. La Ley XL, tít. I, lib. II de la citada Recopilación de 1680 establecía a este respecto: "Que no permitan se ejecute —las autoridades de los territorios coloniales— ninguna pragmática de las que se promulgaren en estos Reinos, si por especial Cédula nuestra, despachada por el Consejo de Indias, no se mandare guardar en aquellas provincias" (las de las Indias Occidentales). Basándose en esta ley y en la fecha tardía de su promulgación, han creído algunos autores que la Novísima Recopilación

los hombres del gobierno de España utilizar, en la medida de lo posible, al servicio de su política colonizadora.

Se decretó, por los Monarcas españoles, que se respetase la vigencia de las primitivas costumbres jurídicas de los aborígenes sometidos, en tanto estas costumbres no estuvieran en contradicción con los intereses supremos del Estado Colonizador, y por este camino, *un nuevo elemento, el representado por los indios sometidos,* vino a influenciar la vida del derecho y de las instituciones económicas y sociales de los nuevos territorios de Ultramar incorporados al dominio de España.[2]

Un *tercer elemento,* que al cabo hubo de prevalecer sobre los dos

no llegó a regir en estos territorios, y que no se hizo al efecto declaración oficial. No faltan, sin embargo, testimonios históricos que acreditan la vigencia de este cuerpo legal en los territorios hispano-americanos, incluso en los primeros años que siguieron a la proclamación de su Independencia.

Parece oportuno advertir que las Partidas, enumeradas en último lugar entre las fuentes del derecho castellano vigentes en las Indias como derecho supletorio, alcanzaron de hecho un papel predonderante en la vida jurídica de estos territorios como código regulador de las instituciones de derecho privado.

Sobre la vigencia y aplicación en las Indias del derecho castellano puede consultarse principalmente: Ricardo LEVENE, *Introducción a la historia del derecho indiano,* Buenos Aires, 1924. Puede verse también J. CABRAL TEXO, "Prelación de los Cuerpos Legales en la Historia del Derecho Argentino", *Boletín del Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad de Buenos Aires,* t. XVI, p. 47, 1933.

Como manuales modernos de historia del derecho español, recomendamos los de Galo SÁNCHEZ, *Curso de historia del derecho,* Madrid, 1932; M. TORRES, *Lecciones de historia del derecho español,* Salamanca, 1933 y 1934 (publicados sólo dos tomos, que comprenden la Introducción, Edad Antigua y Epoca Visigoda), y RIAZA y GARCÍA GALLO, *Manual de historia del derecho español,* Madrid, 1934.

[2] "El gobierno de Toledo, en el Perú —dice Levene, basándose en el estudio de Philips AINSWORTH MEANS, "Indian Legislation in Peru", *The Hispanic American Historical Review,* noviembre 1920—, se presenta como ejemplo de la eficaz utilización de la organización existente, adaptándola y haciéndola servir a los fines de la administración hispánica." (*Introducción a la historia del derecho indiano,* p. 36.)

anteriormente indicados, se hace pronto presente en la vida jurídica, social y económica de los territorios coloniales hispano-americanos. Las exigencias ineludibles del nuevo ambiente geográfico, económico y social, hicieron prácticamente inaplicable, en muchos aspectos, el viejo derecho castellano para regir la vida de las nuevas ciudades coloniales. Hubo necesidad de dictar desde la metrópoli, y aun por las propias autoridades coloniales, con aprobación de los Monarcas, normas jurídicas especiales que regulasen los problemas surgidos a impulsos de una realidad siempre apremiante y cada vez más alejada de los viejos módulos peninsulares. El conjunto de estas normas constituyó lo que se llamó específicamente, *derecho indiano.*

Este nuevo derecho, o sea *el derecho propiamente indiano,* presentó pronto como rasgos más característicos, los siguientes:

1. Un *casuismo* acentuado y en consecuencia una gran profusión No se intentaron, salvo en contadas ocasiones, amplias construcciones jurídicas que comprendiesen las distintas esferas del derecho. Se legisló, por el contrario, sobre cada caso concreto y se trató de generalizar, en la medida de lo posible, la solución sobre cada caso adoptada.

2. Una tendencia asimiladora y uniformista. Se pretendió desde la metrópoli, primero por los monarcas de la casa de Austria, y más todavía por los de la casa de Borbón, estructurar la vida jurídica de estos territorios con visión uniformadora y tratando de asimilarlos a las viejas concepciones peninsulares.

No hay que exagerar, sin embargo, los resultados, ni aún los propósitos de esta política. La realidad se impuso y unas mismas instituciones adquirieron modalidades diferentes en las distintas comarcas, según el ambiente geográfico, social y económico en que hubieron de desenvolverse. No faltan, por otra parte, en la propia legislación, preceptos dictados con una clara visión realista, que admiten la vigencia de las prácticas consuetudinarias aceptadas en cada lugar.[3]

[3] El buen legislador, decía Solórzano, "ha de acomodar sus preceptos

3. *Una gran minuciosidad reglamentista.* Los Monarcas españoles quisieron tener en sus manos todos los hilos del gobierno de un mundo tan vasto, tan complejo y tan lejano. Lo mismo quisieron conocer de los grandes problemas políticos y económicos que afectaban a todas las Indias o a toda la demarcación territorial de una Audiencia o un Virreinato, que de cuestiones pequeñas que interesaban sólo a una ciudad o a un reducido distrito rural.

Comprendían las dificultades que esto ofrecía, y movidos por la desconfianza en sus autoridades coloniales, multiplicaron las instrucciones de gobierno y complicaron extraordinariamente los trámites burocráticos y administrativos.

4. *Un hondo sentido religioso y espiritual.* La conversión de los indios a la fe de Cristo y la defensa de la religión católica en estos territorios, fué una de las preocupaciones primordiales en la política colonizadora de los monarcas españoles. Esta actitud se reflejó, ampliamente, en las llamadas Leyes de Indias. En buena parte fueron dictadas estas Leyes, más que por juristas y hombres de gobierno, por moralistas y teólogos. Se acusa en ellas, sobre todo al abordar el difícil problema del indio, un tono de plausible elevación moral; pero se desconocen al propio tiempo, o se tratan de soslayar, ineludibles imperativos económicos y sociales.

Esta es la causa de que se observe, a lo largo de toda la vida jurídica colonial, un positivo divorcio entre el *derecho* y el *hecho.* Una fué la doctrina declarada en la ley y otra la realidad de la vida social. Se quiso ir demasiado lejos en el noble afán de defender para el indio un tono de vida elevado en el orden social y en el orden espiritual, y al dictar, para protegerle, normas de cumplimiento difícil o imposible, se dió pie, sin desearlo, para que de hecho prevaleciera en buena parte la arbitrariedad, quedando el in-

conforme las regiones, y gentes a quienes los endereza, y su disposición y capacidad" (*Política Indiana,* según cita de Levene en su Introducción, página 36). Este respeto a las prácticas consuetudinarias de cada lugar se advierte en la regulación jurídica de algunas instituciones referentes a los indios: cacicazgos, tasaciones de tributos, *mita,* pago de diezmos, etc.

dio a merced de los españoles encomenderos y de las autoridades de la colonia.[4]

Este desconocimiento de la realidad, unido a la minuciosidad reglamentista de los Monarcas, señalada anteriormente, explica también una práctica política y administrativa que es necesario tener en cuenta para comprender, en su justa verdad histórica, la vida jurídica de los territorios indianos. Con frecuencia apelaron las autoridades coloniales, frente a Cédulas Reales de cumplimiento difícil, o en su concepto peligroso, a la socorrida fórmula de declarar que *se acata pero no se cumple*. Recibida la Real Cédula cuya ejecución no se consideraba pertinente, el Virrey, Presidente o Gobernador, la colocaba solemnemente sobre su cabeza, en señal de acatamiento y reverencia, al propio tiempo que declaraba que su cumplimiento quedaba en suspenso.

No implicaba esta medida acto alguno de desobediencia, porque en definitiva se daba cuenta al Rey de lo acordado para que éste, en última instancia, y a la vista de la nueva información recibida, resolviese. Y si bien es cierto que al amparo de esta costumbre pudieron cometerse abusos y arbitrariedades por parte de algunas autoridades, no lo es menos que gracias a ella pudo dotarse al derecho colonial de una cierta flexibilidad que le era muy necesaria, y que de otro modo no hubiera podido conseguirse dada la tendencia centralizadora de los monarcas y de sus hombres de gobierno.[5]

Cerremos estas observaciones haciendo notar que frente *al derecho propiamente indiano,* el derecho de Castilla sólo tuvo en

[4] Véase mis *Institúciones sociales de la América española durante el período colonial,* La Plata, 1934.

[5] Esta facultad de las autoridades coloniales de suspender la aplicación de las Reales Cédulas que pudieran estar basadas en informaciones erróneas, la reconocieron las Leyes XXII y XXIV, tít. I, lib. II de la Recopilación de 1680. Bovadilla, en su *Política para corregidores...* Lib. II, cap. X, Madrid, 1775, decía que las leyes que se dieren contra derecho y perjuicio de partes, no valgan y sean obedecidas y no cumplidas. (Cita de Levene en su "Introducción", p. 31, nota 2.)

estos territorios un carácter *supletorio;* únicamente a falta de precepto aplicable en la llamada legislación de Indias, podía acudirse a las viejas fuentes del derecho castellano peninsular. Advirtamos, sin embargo, que aun siendo esto así, jugó este derecho castellano un papel preponderante en lo que se refiere a la organización jurídica de la familia y al derecho de sucesión.[6]

En cuanto a la influencia positiva que lograron ejercer en la vida de las instituciones jurídicas coloniales las primitivas costumbres de los indios aborígenes que no estuvieran en contradicción con los principios básicos del Estado español, es ésta cuestión que no ha sido todavía suficientemente estudiada. Sabemos, no obstante, que dejaron huella considerable en orden a la regulación del trabajo, clases sociales, régimen de la tierra, etc., instituciones tan representativas como los *cacicazgos, la mita* y otras que examinaremos en su momento oportuno.

B. Carácter de las expediciones descubridoras: el esfuerzo privado individual y la acción oficial del Estado. Las capitulaciones. Política de población: las ordenanzas de 1573.

Se ha dicho, y es una verdad histórica absolutamente comprobada, que el descubrimiento, conquista y colonización de América española, fué una obra *eminentemente popular.*

Significa esto que en las expediciones descubridoras *predominó el esfuerzo privado, individual, sobre la acción oficial del Estado.*

El título jurídico que sirvió de base a toda expedición de descubrimiento o nueva población *fué la capitulación* o contrato otorgado entre la Corona o sus representantes y el jefe de la expedición proyectada. En estas capitulaciones, que recuerdan por su carácter y contenido las viejas *cartas de población* de la Edad Media Castellana, se fijaban los derechos que se reservaba la Corona en los nuevos territorios a descubrir y las mercedes con-

[6] El desarrollo histórico de estas observaciones puede verse en mi libro *El derecho de familia y el derecho de sucesión en la legislación de Indias,* Madrid, 1921.

cedidas a los distintos participantes en la empresa descubridora. El estudio de sus cláusulas pone de relieve que sólo en muy contadas ocasiones —los viajes colombinos, las expediciones de Pedrarias Dávila y la de Magallanes— participó el Estado directamente en el costeamiento de los gastos que la expedición originaba. Lo corriente es que todos los gastos fueran de cargo del individuo que organizaba la expedición, el cual podía ser al propio tiempo caudillo militar de la misma, o simplemente su empresario o financiador.[7]

Esto explica que, en ocasiones, la capitulación se convirtiera en un verdadero título negociable y fuera objeto de diversas operaciones jurídicas: ventas, traspasos, permutas, contratos de sociedad, etc. En algunos historiadores de la conquista —Bernal Díaz del Castillo: *Historia de la conquista de Nueva España*— se contienen a este respecto noticias del mayor interés.[8]

No faltaron voces que denunciaron los vicios graves que se derivaban de este sistema privado aceptado por los monarcas españoles. Recordemos entre otros al licenciado Alonso de Zuazo y al P. Las Casas. A pesar de ello, el sistema prevaleció y fué sancionado expresamente en las ordenanzas de Felipe II, de 1573, y en la Recopilación de Leyes de las Indias, de 1860. Pesó más en el ánimo de los Reyes de España la economía de gastos para el Tesoro que este sistema implicaba, que las dificultades de carácter político y social que al propio tiempo producía.[9]

Las consecuencias jurídicas, originadas por este sistema privado, fueron importantes. La fuente primera y principal del nuevo derecho en los territorios de nuevo descubrimiento, la constitu-

[7] Una construcción sistemática sobre el carácter y contenido de las *capitulaciones* puede verse en mi estudio *El Derecho de propiedad en la legislación de Indias*, Madrid, 1925, incluído en *Estudios de historia del derecho español en las Indias* (publicado por la Universidad Nacional de Bogotá, 1940) y en Silvio A. Zavala, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Madrid, 1935.

[8] Véase Silvio A. Zavala, *Ob. cit.*

[9] Véase Silvio A. Zavala, *Ob. cit.*

yeron las *capitulaciones*. Tuvo así este derecho, en sus orígenes, un carácter *particularista*, porque cada capitulación constituyó el código fundamental —especie de *carta puebla o fuero municipal*— en el territorio a su amparo descubierto.

Por otra parte, la necesidad de recompensar con largueza a los particulares que todo lo ponían y que tanto arriesgaban en estas expediciones descubridoras, motivó la concesión a los interesados en las mismas de privilegios extraordinarios de carácter acentuadamente señorial. Se otorgó el título de Adelantado con un carácter vitalicio o hereditario al jefe de la expedición descubridora; se le facultó para repartir tierras y solares, y en ocasiones también para hacer repartimientos de indios; se le autorizó para la erección de fortalezas y para gozar, vitalicia o hereditariamente, de la tenencia de las mismas; se le permitió la provisión de oficios públicos en las ciudades de su jurisdicción, y se unieron a éstas otras lucrativas recompensas de carácter patrimonial.[10]

Fué así como la *vieja Edad Media* castellana, ya superada o en trance de superación en la Metrópoli, *se proyectó y se continuó* en estos territorios de las Indias.

Pero, a pesar de esta preponderancia del elemento privado en las empresas descubridoras, *la presencia del Estado español* se acusa con matices más o menos acentuados desde los primeros descubrimientos.

No se consideran nunca los nuevos territorios descubiertos como meras factorías comerciales o depósitos de esclavos. Colón y sus continuadores, obraron siempre en nombre de la Corona de Castilla y con tal carácter tomaron posesión de las tierras y mares que descubrían.[11]

No se produjeron desmembraciones de la soberanía en el orden jurisdiccional: de los fallos dictados por las justicias nombradas

[10] Véase mi citado estudio, *El derecho de propiedad en la legislación de Indias.*

[11] Silvio A. Zavala, *Ob. cit.* Reproduce a este respecto algunos documentos históricos de interés.

por los descubridores podía apelarse ante los Tribunales del Rey, y ésto aún en los casos de privilegios más excepcionales.

Las cláusulas sobre el buen tratamiento de los indios se intercalaron en los textos de las capitulaciones tal y como quedaron fijadas en la Real Provisión de 17 de noviembre de 1526. También se hicieron constar en los textos de las capitulaciones los fines espirituales de la conquista, junto con los fines políticos, con lo cual se acentuó el carácter público de estos contratos.

Se impuso, poco a poco, en el contenido de las capitulaciones, una tendencia a la uniformidad y se dictaron normas reales complementarias, en las que se acusaba una verdadera política de población que tiene manifestaciones destacadas en la Real Provisión de 17 de Noviembre de 1526 y en las leyes nuevas de 1542, y que alcanza su expresión más alta y sistemática en las célebres ordenanzas de Felipe II de 1573, incorporadas más tarde a la Recopilación de 1680.[12]

Se dispuso que en todas las expediciones figurasen clérigos, para el mejor cumplimiento de los fines espirituales; y oficiales reales, para la administración y defensa de los intereses de la Corona.

Se articuló por juristas y teólogos un cuadro complejo de teorías en torno al problema del *justo título* para la penetración española en las Indias, que culminaron con el famoso requerimiento de Palacios Rubios, intimidando a los indios para su sumisión con argumentaciones conceptuosas, que tuvo en su aplicación manifestaciones trágicas y grotescas.[13]

Se articuló, igualmente, por los juristas, un cuadro completo de las *regalías* inherentes a la Corona en estos territorios, y a su

[12] Sobre estas Ordenanzas de 1573 véase mi estudio "El régimen municipal hispanoamericano del período colonial", publicado en *Estudios de historia del derecho español en las Indias*, anteriormente citado.

[13] Sobre el *requerimiento* de Palacios Rubios y su aplicación, véase Silvio A. ZAVALA, *ob. cit.* El historiador norteamericano Mr. HANKE ha publicado un análisis del *requerimiento* en la *Revista de Historia de América*, nº 1, México, 1938 (órgano del Instituto Panamericano de Geografía e Historia).

amparo, y a través de pleitos enconados sostenidos con tenacidad, fueron reivindicando los fiscales de la Monarquía los atributos esenciales del Estado, según las viejas concepciones del derecho romano imperantes en la época, frente a los privilegios señoriales excesivos de los primeros descubridores y sus descendientes.

Y al propio tiempo que esto ocurría, se produjo también una fuerte reacción popular, en lo que pudiéramos llamar el estado llano de la colonización, contra el derecho privilegiario de estos descendientes de los primeros descubridores, que se manifestó en larga serie de pleitos sostenidos contra ellos por los representantes de Concejos y ciudades.[14]

[14] Algunos de estos pleitos han sido estudiados por mí en el trabajo anteriormente citado, *El régimen municipal hispanoamericano...*

II. LAS INSTITUCIONES SOCIALES

A. Núcleos sociales peninsulares que nutrieron las expediciones descubridoras y colonizadoras

Los *sectores aristocráticos* más elevados de la península, adoptaron frente al hecho sorprendente de los descubrimientos indianos, una *actitud de reserva e inhibición*. No participaron en las expediciones descubridoras ni como caudillos ni como empresarios. Dificultaron, además, el pase a las Indias de los agricultores cultivadores de sus tierras, ante el temor de que éstas quedasen despobladas.

Fueron los *segundones fijosdalgos* los que en gran parte nutrieron las expediciones descubridoras. La institución de los *mayorazgos*, vigente en España, había motivado que los hijos no primogénitos de las familias nobiliarias quedasen en una situación económica difícil, notoriamente desproporcionada con su posición social. El descubrimiento de América abrió horizontes amplios a su ambición de labrarse una fortuna propia, que les permitiese salir rápidamente, aun a costa de los mayores riesgos, del estado de inferioridad económica en que vivían, y ello les impulsó a enrolarse en las huestes de la conquista.

Los monarcas españoles se esforzaron por conseguir el pase a las Indias de *menestrales* y *artesanos* especializados en determinados oficios, así como de *labradores*, cultivadores de las tierras; pero esta política, inspirada en tan acertadas orientaciones económicas, tuvo escasos resultados.[15]

[15] Véase el libro de Silvo A. Zavala y mis ensayos "Algunas consideraciones en torno a la política económica y fiscal del Estado español en las Indias", publicados en *Revista de las Indias*, Bogotá, 1939.

Por Reales Cédulas de 1492 y 1497 quedó autorizada la recluta de delincuentes para formar parte de las expediciones descubridoras. Estas disposiciones quedaron abolidas por otra Real Cédula de 11 de abril de 1505 y no tuvieron, de hecho, importancia mayor.[16]

En el índice de las *personas prohibidas* en las expediciones descubridoras o colonizadoras figuraron: los descendientes de moros o judíos, los herejes reconciliados o castigados por la Inquisición, los negros ladinos y los gitanos. No se ha investigado todavía suficientemente el alcance que haya podido tener el posible divorcio entre el derecho y el hecho en orden al cumplimiento de estas prohibiciones.

Una última observación a hacer es la de que, pasados los primeros tiempos de los descubrimientos, *se generalizó el sistema de organizar las nuevas expediciones con los núcleos de pobladores ya radicados en las Indias.* Con esto se economizaban gastos, se aprovechaba la experiencia ya adquirida por estos pobladores en los territorios indianos y se atajaba la disminución alarmante de la población peninsular. Pero se creó un nuevo problema, la posible despoblación de ciudades coloniales recién fundadas, al que hubo necesidad de hacer frente con medidas muy rigurosas.[17]

B. El problema jurídico del extranjero en la colonización española de América

Aceptando preceptos generales imperantes en la época en todos los pueblos europeos, se decretó que sólo los súbditos de la Corona de Castilla estaban autorizados para pasar a las Indias y para comerciar con estos territorios.

[16] Véase Silvio A. Zavala, *ob. cit.*

[17] Se llegó a castigar con pena de muerte y confiscación de bienes a los que, sin el debido permiso, abandonasen una ciudad recién fundada para sumarse a nueva expedición descubridora. Véase mi citado estudio *El derecho de propiedad...*

Como *extranjeros* fueron sonsiderados a este respecto los propios españoles peninsulares *no castellanos*. Carlos V quiso equiparar a los efectos del comercio con las Indias a todos los súbditos, castellanos o no, de su Imperio. Pero este criterio de amplitud no logró prevalecer. Pronto, sin embargo, lograron ser iguales a los castellanos, los otros españoles de la península: navarros, aragoneses, catalanes, valencianos y mallorquines, siendo ésta la doctrina que se recoge en la Recopilación de 1680.

Persistió la prohibición para los *extranjeros en sentido estricto*. Incluso para aquellos europeos que en ocasiones —flamencos, portugueses, habitantes de las Sicilias y del Milanesado— tuvieron que reconocer la soberanía política de los monarcas españoles.

La doctrina legal expuesta no cerró de un modo absoluto a los extranjeros toda posibilidad de acceso a las Indias. La incapacidad legal que de su condición de extranjeros derivaba, pudo subsanarse de un modo legal también, obteniendo la *carta Real de naturalización*.

Los requisitos que se exigieron para obtener estas cartas de naturaleza, así como los efectos jurídicos de las mismas, cambiaron según los tiempos y las circunstancias.

En un primer momento, bastó para conseguirlas haber vivido diez años con casa abierta y estar casado con mujer natural del Reino de Castilla. Los abusos que en este orden de cosas se cometieron, falseando las informaciones exigidas, y el incremento peligroso que tomó el comercio de extranjeros, fácilmente naturalizados al amparo de estas disposiciones, motivaron nuevas cédulas reales de tendencia restrictiva. Se elevó a veinte el número de años de residencia previa, se exigió la posesión de bienes raíces y se determinó que sólo el Consejo de Indias, y no, como antes, la Casa de la Contratación de Sevilla, pudiera entender en la concesión de estas naturalizaciones.

No fué la naturalización el único camino legal que permitió a muchos extranjeros arraigar en los territorios indianos, o sostener con ellos, desde la Metrópoli, relaciones comerciales. La necesidad de fomentar en las Indias el ejercicio de ciertos *oficios*

y profesiones mecánicas, hizo abrir la mano a los gobernantes españoles y permitir la entrada en aquellos territorios a extranjeros hábiles en semejantes menesteres, mediante examen de capacidad y prestación de fianza, garantizando que seguirían desempeñando en las Indias los oficios en los cuales habían acreditado su eficiencia.

Pero también al amparo de estas autorizaciones hubieron de cometerse abusos, que motivaron medidas restrictivas recogidas en la Recopilación de 1680.

Quedó siempre abierta, sin embargo, la posibilidad de la *licencia individual,* conseguida por algún título destacado concurrente en el favorecido —promesa de explotar algún aparato de su invención útil para intensificar las granjerías de perlas, el laboreo de las minas, etc.—, y en último término, como recurso supremo, la composición o pago de una cantidad por la obtención de permiso para continuar viviendo en las Indias, aquellos extranjeros que habían logrado arribar a ellas de manera clandestina. Estos expedientes de *composición de extranjeros* se resolvieron con criterio de mayor o menor amplitud, según las necesidades del Tesoro.

Tal fué la doctrina legal imperante en la materia: lo mismo las normas generales prohibitivas, que las excepciones admitidas legalmente. El volumen que la penetración de extranjeros lograra alcanzar al amparo de estas excepciones, o por vía clandestina, no ha sido investigado suficientemente.[18]

C. Las clases sociales en los territorios indianos

Al calor de los grandes privilegios señoriales concedidos a los caudillos o empresarios de las expediciones descubridoras, pronto surgió en los territorios de las Indias una nueva aristocracia colo-

[18] Véase mi estudio "Los portugueses y el concepto jurídico de extranjería en los territorios hispanoamericanos durante el período colonial", publicado en mi libro citado *Estudios de historia del derecho español en las Indias.*

nial integrada por los descendientes de los primeros descubridores, que llegó a superar, en ocasiones, tanto en poderío como en riquezas, a la vieja nobleza de la Península. La *encomienda,* institución de la que habremos de ocuparnos más adelante, fué la base principal del sostén económico de estas nuevas familias aristocráticas.

Dentro de este grupo social más elevado, se acusaron, con los resultados distintos de los primeros descubrimientos y conquistas, los obligados matices diferenciales: desde el simple encomendero hasta el conquistador que alcanzó el oficio de Adelantado y, en los casos de mayor relieve histórico, el disfrute de títulos nobiliarios, unidos a otros importantes privilegios. Con el tiempo se produjo el entronque de esta alta aristocracia colonial con la vieja nobleza de la Metrópoli. Al avanzar la colonización se hizo más acentuada la presencia del Estado español en estos territorios por medio de una burocracia excesivamente frondosa, cuyos puestos más elevados en el gobierno y en la Administración fueron ocupados por individuos de esa misma nobleza peninsular que se mantuvo ausente en la etapa heroica de los descubrimientos.

La masa colonizadora de españoles que no logró sobrepasar las capas sociales inferiores —pequeños cultivadores de la tierra, menestrales y artesanos de las ciudades— vivieron económicamente con el esfuerzo de su propio trabajo, agrupados en sus corporaciones gremiales los especializados en los distintos oficios que estuvieron radicados en poblaciones relativamente importantes, y a la sombra protectora, en el orden político y administrativo, de las viejas instituciones municipales de Castilla transplantadas a estos territorios.

Se entrecruzaron con estos grupos sociales de españoles los *mestizos* y los *criollos.* No constituyeron éstos una clase social propiamente dicha ni en el orden jurídico ni en el orden económico. El derecho indiano les situó en un plano de igualdad con los propios españoles peninsulares aquí radicados. Pero la realidad social fué muy otra. Con reiteración fueron apartados de los altos puestos de la vida política y administrativa de las ciudades

coloniales, a pesar de las nobles advertencias de algunos tratadistas eminentes, como Juan de Solórzano.[19]

Ya en una esfera servil o intermedia entre la servidumbre y la libertad, completan el cuadro de los grupos sociales del período colonial, los *negros* importados de tierras africanas y los *indios* aborígenes de las distintas comarcas conquistadas.

Los primeros vivieron en una situación de esclavitud,[20] salvo en aquellos casos individuales en que consiguieron la libertad por la manumisión. La condición jurídica, económica y social de los segundos, presenta una complejidad mayor, y por su interés histórico merece ser expuesta con una mayor amplitud.

D. Los indios: su condición jurídica, económica y social

1. El problema de la esclavitud y de la libertad de los aborígenes.

Por Real Cédula de 20 de junio de 1500 se condenaron las actividades esclavistas desplegadas por Colón en las Islas por él descubiertas y se declaró que los indios debían ser considerados, jurídicamente, como vasallos libres de la Corona de Castilla.

Se admitió, sin embargo, que pudieran ser tenidos como esclavos los indios cautivos en *justa guerra* —a tenor del conocido requerimiento redactado por el célebre jurisconsulto castellano Palacios Rubios—. Pero al amparo de esta excepción se cometieron tales abusos que, en 2 de agosto de 1530, hubo de decretarse que ni aun en los casos de *guerra justa* pudieran ser hechos esclavos los indios que se cautivasen.

En 20 de febrero de 1534 se restableció el principio anterior en cierto modo esclavista. La doctrina sancionada al cabo como definitiva en las leyes nuevas de 1542 y en la Recopilación de 1680, estableció que sólo pudieran ser sometidos a esclavitud los indios

[19] Véase Levene, *ob. cit.*

[20] Véase la obra clásica de Saco, *Historia de la esclavitud de la raza negra en el nuevo mundo* y la tesis doctoral de Alcalá Henke, *La esclavitud de los negros en la América española*, Madrid, 1919.

caribes, los *araucanos* y los *mindanaos,* rebeldes siempre a la dominación española.

Al margen de estas disposiciones legales, prevaleció en Nueva España la exportación como esclavos a las Antillas de los indios de *Pánuco,* organizada y defendida por el gobernador Nuño de Guzmán. Esta exportación, realizada sobre la base de cambiar cien indios por un caballo, primero, y sólo quince indios por un caballo, después, hubo de persistir hasta que decretó su total abolición la segunda Audiencia nombrada para este territorio.

No se conoce el volumen económico que estas corrientes esclavistas lograron alcanzar.[21]

2. *Repartimientos de indios y encomiendas.*

Los indios, considerados, como hemos visto, en términos generales, como vasallos libres de la Corona de Castilla, vieron condicionada esta libertad en el orden doctrinal, al ser equiparados, jurídicamente, a los *rústicos* o *menores* del viejo derecho castellano; o sea, a aquellas personas necesitadas de tutela o protección legal.

Esta declaración repercutió, según veremos, en todas las esferas del derecho. Pero, además, en el orden estrictamente económico, también vieron los indios cercenada su libertad por medio de las instituciones reguladoras del trabajo, entre las cuales figuran en primer término los *repartimientos* y las *encomiendas.*

La costumbre de repartir indios entre los españoles colonizadores para que pudieran beneficiarse con su trabajo, fué establecida de manera violenta, contraviniendo los preceptos legales; pero logró al cabo prevalecer y generalizarse, después de un largo pro-

[21] Véase mi estudio citado *El derecho de propiedad en la legislación de Indias;* mis ensayos, también citados, *Algunas consideraciones en torno a la política española y fiscal del Estado español en las Indias,* y mi libro *Instituciones sociales de la América española durante el período colonial.* Véase también Silvio A. Zavala, *ob. cit.,* y "Los trabajadores antillanos en el siglo XVI", publicado en el nº 2 de *Revista de historia de América,* México, 1938.

ceso de contradictorias vacilaciones por parte de los monarcas, que tuvieron eco acusado en la primera legislación. Se repartieron indios para el cultivo de las tierras, para la guarda de los ganados, para el laboreo de las minas, para la ejecución de obras públicas, y en general para toda clase de actividades económicas.

Se repartieron también indios a título de *encomienda.*

La *encomienda* es una institución de origen castellano, que pronto adquirió en las Indias caracteres peculiares que la hicieron diferenciarse plenamente de su precedente peninsular. Por la *encomienda,* un grupo de familias de indios, mayor o menor según los casos, con sus propios caciques, quedaba sometido a la autoridad de un español encomendero. Se obligaba éste jurídicamente a proteger a los indios que así le habían sido encomendados y a cuidar de su instrucción religiosa con los auxilios del cura doctrinero. Adquiría el derecho de beneficiarse con los *servicios personales* de los indios para las distintas necesidades del trabajo y de exigir de los mismos el pago de diversas prestaciones económicas. Con el Rey, contraía el compromiso todo español encomendero de prestar el servicio militar a caballo cuando para ello fuese requerido. Tuvieron las encomiendas, en un primer momento, un carácter temporal o vitalicio. Al vencer el plazo de tiempo por el cual habían sido concedidas, o a la muerte del encomendero, se incorporaban los indios encomendados a la Corona. Pronto surgió la costumbre de consentir, por vía de *disimulación,* que la viuda y los hijos del encomendero siguieran disfrutando de los indios a la muerte de su causante. Se sancionó esta costumbre con la Real Provisión de 26 de marzo de 1513, y ya desde entonces se concedieron las encomiendas *por dos vidas:* por la del primer poseedor y por la de su sucesor inmediato —el mayor de los hijos varones, en su defecto la hija y en último término la mujer—.

En torno de esta institución se suscitaron desde los primeros momentos polémicas doctrinales ardorosas. Combatieron su licitud, principalmente, teólogos y moralistas, y la defendieron, cediendo a imperativos de las circunstancias, juristas y hombres de gobierno. Culminaron estas polémicas en la célebre discusión sos-

tenida por Fray Bartolomé de las Casas, el apóstol de los indios, y Juan Ginés de Sepúlveda, jurista español formado en las doctrinas del Renacimiento.

Estas polémicas tuvieron repercusión acusada en la esfera legal. Se promulgaron series nutridas de leyes *protectoras* del trabajo del indio y se llegó a decretar en 1542 la abolición de las encomiendas. No alcanzaron plena vigencia estas leyes nuevas de 1542. Su aplicación provocó protestas generales de los colonizadores y en el Perú rebeliones sangrientas que culminaron con la muerte violenta del Virrey Blasco Núñez Vela. Se ordenó su derogación, pero esta derogación no fué total. Persistieron las encomiendas, pero, junto con otros preceptos favorables a los indios, quedaron vigentes aquellas disposiciones que prohibieron los servicios personales de los indios encomendados.

A partir de esta fecha, 1542, sólo fué lícito a los encomenderos exigir de sus indios el pago de un *tributo,* tasado por las autoridades. Hay, sin embargo, testimonios históricos de que esta abolición de los servicios personales dentro de las encomiendas no se logró de un modo absoluto y general.

Por Real cédula de 8 de abril de 1629 se concedió una vida más en el disfrute de las encomiendas, mediante el pago de una composición. Y todavía el 10 de octubre de 1704 se permitió una *cuarta vida,* mediante el pago de dos *annatas* para los gastos de guerra.

Pero estas prórrogas en el goce de las encomiendas no tuvieron grandes efectos. Ya en 1701 se había decretado la incorporación a la Corona de todas las encomiendas poseídas por personas no residentes en las Indias. La abolición general de esta institución se decretó el 29 de noviembre de 1718, completándose estas normas derogatorias el 12 de julio de 1720 y el 11 de agosto de 1721.

Persistieron, esto no obstante, algunas *encomiendas* en comarcas determinadas, aun cuando puede afirmarse que el ciclo histórico de esta institución, *que ya había perdido todo su signi-*

ficado económico, quedó cerrado definitivamente, de derecho y de hecho, en la segunda mitad del siglo XVIII.[22]

3. Reducciones y corregimientos.

Los indios no repartidos en *encomienda* se procuró que vivieran agrupados en núcleos de población, aislados de los españoles, con una cierta autonomía administrativa, bajo la autoridad de sus propios alcaldes y alguaciles. Estos pueblos de indios se designaron primeramente con el nombre de *reducciones,* porque ante la resistencia de los aborígenes, que preferían llevar una vida no sedentaria alejados de los colonizadores, fué necesario *reducirles* para que vivieran en población y se les declaró *adscritos* al pueblo de que formaban parte. Más tarde se les llamó *corregimientos,* porque quedaron sometidos a la autoridad de un funcionario especial llamado *corregidor de pueblos de indios.* Este funcionario debía ejercer sobre los indios de su corregimiento una misión tutelar análoga a la que correspondía al encomendero sobre los indios de su encomienda. Pero estas prevenciones de la ley no lograron en la práctica una eficacia mayor.

Así como en la primera época de la colonización española en América los *repartimientos en encomiendas* gozaron de supremacía incuestionable en la organización social y económica del trabajo de los indios, esta supremacía fué cediendo poco a poco en favor de *reducciones* y *corregimientos,* o sea los núcleos de población aborigen incorporados a la Corona.

En estos pueblos de indios, jugaron papel muy importante las llamadas Cajas de comunidad, cuyos fondos se destinaban al sostenimiento de hospitales, al auxilio económico de las viudas, huérfanos, enfermos e inválidos, al pago de los tributos, a sufragar los

[22] Véanse mis obras citadas: *El derecho de propiedad en la legislación de Indias* e *Instituciones sociales de la América española...* Véase también Silvio A. ZAVALA, *La encomienda indiana,* Madrid, 1935; Domingo AMUNÁTEGUI SOLAR, *Las encomiendas indígenas en Chile,* Santiago de Chile, dos vols.; Lesley B. SIMPSON, *The encomienda in New Spain,* Berkeley, California, 1929.

gastos de las misiones, al sostenimiento de casas de recogimiento y de seminarios y colegios para hijos de los caciques, etc.

El caudal de estas Cajas se nutría con ingresos procedentes de tres fuentes distintas: una agrícola, otra industrial y otra censual.

La primera estaba integrada por el importe de los frutos que se obtenían del cultivo de ciertas extensiones de tierra que colectivamente se hallaban obligados a realizar los indios de cada pueblo para el sostenimiento de su Caja de comunidad.

La segunda de estas fuentes de ingreso la constituían los *obrajes* o fábricas de paños explotados en comunidad por los indios de ciertas regiones.

La tercera, pecuniariamente la más importante, resultaba del importe de los *censos,* obtenidos en las tierras comunales de los indios dadas para su cultivo, mediante el pago de un canon, a labradores indios o españoles.[23]

4. El tributo y la mita.

Tan pronto como fueron superadas las vacilaciones de los primeros momentos y se fijó la condición jurídica de los indios considerándoles como vasallos libres de la Corona de Castilla, pesó sobre ellos la obligación de pagar un *tributo* en dinero o en especie, según los frutos de la tierra de las distintas comarcas.

Este tributo se recaudó en beneficio del Rey, en los pueblos de indios incorporados a la Corona, y en beneficio de los particulares encomenderos, en los pueblos repartidos en encomienda.

Tuvo el *tributo* un carácter personal y *no real,* a pesar de que parece desprenderse lo contrario del texto de alguna ley de la Recopilación de 1680. Estuvieron sujetos al pago del tributo los indios comprendidos entre los 18 años y los 50. Estuvieron exentos los caciques y sus hijos mayores y los *indios alcaldes* de sus reducciones mientras desempeñaran este cargo. Las mujeres tam-

[23] Véase mi obra citada, *Instituciones sociales de la América española...* Véase también: Carmelo Viñas Mey, *El estatuto del obrero indígena en la colonización española,* Madrid, 1929.

bién gozaron de la exención de tributos en términos generales, aun cuando sobre esta materia no imperó una misma doctrina en todas las comarcas.

Los *yanaconas* del Perú, indios *adscritos* a la tierra que cultivaban, estuvieron durante algún tiempo exentos del pago del *tributo;* lo mismo ocurrió con los indios de Tlaxcala (México) por los servicios prestados a los españoles durante la conquista. De un modo general se dispuso que quedaran exentos de *tributos* y *servicios,* durante un plazo de diez años, los indios que se sometieran pacíficamente.

La *tasación* de lo que en concepto de tributo había de pagar cada pueblo o encomienda de indios corrió a cargo de *visitadores* designados por las Audiencias. Se ordenó que estas tasaciones fueran moderadas según las posibilidades económicas de los distintos pueblos y procurando que en ningún caso excediera el montante de lo que los indios tributasen antes de la conquista a sus Reyes y Señores.

La recaudación del tributo se hizo por empadronamiento. El pago debía hacerse efectivo en el propio lugar de residencia del indio tributario. No podía exigirse a los indios de un pueblo determinado que tributasen por sus enfermos y ausentes.

El estudio estadístico del importe del tributo de las distintas comarcas, así como el de su verdadero alcance económico en función con la capacidad tributaria del indio, no ha sido hecho todavía con la amplitud y el rigor obligados. Tampoco se ha investigado suficientemente el grado de vigencia que lograran conseguir las disposiciones legales moderadoras de los tributos ni los abusos cometidos al margen de la ley por encomenderos y corregidores.[24]

Otra institución básica en la vida del indio trabajador fué la de la *mita.* Es ésta una institución de origen indígena, que en su desarrollo histórico a lo largo de las distintas etapas del pe-

[24] Véase José de la Peña, *El tributo. Sus orígenes. Su implantación en Nueva España,* Sevilla, 1934. Véase también mi ensayo "El tributo indiano", publicado en la Revista *El trimestre económico.* Vol. VII, nº 4. Fondo de Cultura Económica. México.

ríodo colonial presentó características diversas según los tipos de trabajo: minero, agrícola, pastoril, servicio doméstico, etc.

Por virtud de esta institución, los indios de un determinado lugar se sorteaban periódicamente para trabajar durante un plazo de tiempo determinado al servicio de los españoles, mediante el pago de un salario adecuado, controlado por las autoridades. La duración de la *mita* para el servicio doméstico se fijó en 15 días; la *mita* pastoril, en tres o cuatro meses, y la *mita* minera, en diez, dentro de cada año. Estuvieron exceptuados de entrar en los sorteos para el servicio de la *mita,* los indios cultivadores de sus propias tierras y los especializados en algún oficio: carpinteros, albañiles, sastres, herreros, zapateros, etc. Los sorteos se hacían con intervención de los caciques.

Nadie podía ser obligado a una segunda *mita* sin haber agotado el turno de la primera. El tanto por ciento de los indios *mitayos* no podía exceder del siete en el Perú, ni del cuatro en Nueva España. Los indios repartidos en encomienda también entraban en el sorteo. Se habían de pagar a los indios *mitayos* los jornales de los días de ida y regreso a los lugares de trabajo; la distancia a recorrer no podía exceder de diez leguas.

Los legisladores españoles concedieron una particular atención a la *mita* para el servicio agrícola y, sobre todo, a la *mita* minera.

En las localidades en que se consideraba necesario, se repartieron la tercera parte de los indios para que, como *mitayos,* cultivasen la tierra de los españoles. Los propietarios deducían del importe de los jornales la cantidad que los indios habían de pagar en concepto de *tributo,* y el resto habían de abonarlo a los interesados en propia mano y en moneda corriente. Venían obligados también estos propietarios de estancias a dar a sus indios *mitayos* lotes de tierras para su cultivo en beneficio propio y a sostener a su costa los servicios de doctrina, hospital, justicia y protector de los indios.

Pero en donde la intervención del legislador español se hizo más necesaria fué en la regulación de la *mita minera.* Fué éste uno de los servicios personales más duros de cuantos pesaron

sobre el indio trabajador. Carlos V decretó su abolición en 1549 para las minas de Nueva España, haciéndose extensiva esta prohibición poco después para las minas del Perú y Nueva Galicia.

Pero estos preceptos abolicionistas no lograron prevalecer. Los altos poderes de España tuvieron que ceder ante exigencias económicas de gran fuerza, y la *mita minera* continuó, aun cuando se procuró proteger al indio *mitayo* con una serie nutrida de normas legales, que cobran su más sistemática expresión en las ordenanzas del Virrey Don Francisco de Toledo, y que fueron incorporadas al título XV del libro VI de la Recopilación de 1680.

Al propio tiempo que se procuraba regular con un sentido humanitario el trabajo del indio *mitayo,* se dictaron otras disposiciones de carácter tutelar también, prohibiendo determinados servicios personales de los indios y fijando normas para la regulación de otros que, a pesar de su dureza, no se consideró oportuno suprimir. Tal ocurrió con el trabajo en *tambos,* recuas y transportes; con las obras para la construcción de fortificaciones militares y con el servicio de los remeros de las naves dedicadas a la navegación fluvial.[25]

5. *Los indios de las misiones.*

En los primeros años del siglo XVII, secundando la colonización pacífica defendida por la Corona para poblar y proteger las comarcas todavía no exploradas y las regiones fronterizas, se establecieron en la provincia de la Guaira las primeras misiones de religiosos jesuítas, que pronto hubieron de alcanzar extraordinario desarrollo, organizando *reducciones* o pueblos de indios que vivieron sometidos a la autoridad de un padre jesuíta, secundado por uno o dos asistentes. Se consiguió así, por el esfuerzo y perseverancia de los religiosos de esta Orden, que se crearan importantes núcleos de población en regiones hasta entonces no colonizadas, y que vivieran sometidas a normas de trabajo y convivencia social, dentro de los principios de la religión católica,

[25] Véase VIÑAS MEY, *Ob. cit.* Véase también A. IBOT, *Los trabajadores del río Magdalena durante el siglo XVI,* Barcelona, 1933.

numerosas familias indias que antes vivían errantes y entregadas a costumbres no civilizadas.

La organización de estos pueblos indios de las misiones jesuítas se ajustó a normas de una rígida disciplina. Bajo ella, encontraron los indios un estimable bienestar material, conseguido a expensas de una entrega absoluta en el orden espiritual y de una total anulación de su propia personalidad, pero con elevación evidente de su nivel de vida.

Estas del Paraguay no fueron las únicas misiones colonizadoras creadas en las regiones fronterizas de las distintas comarcas de América. Tampoco fueron los jesuítas los únicos religiosos fundadores de pueblos o reducciones de indios sometidos a la tutela de misioneros. Pero las misiones de jesuítas de la Guaira alcanzaron un volumen tan destacado, que sobrepasan a todas las otras en importancia. Cuando los jesuítas fueron expulsados en 1767, los pueblos indios de sus misiones fueron entregados a funcionarios civiles, secundados en el orden espiritual por sacerdotes pertenecientes a otras Ordenes religiosas.[26]

[26] La bibliografía sobre la obra de las *misiones* católicas en las Indias es tan abundante, que nos limitaremos a recomendar su consulta en algún repertorio como el de B. Sánchez Alonso, *Fuentes de la historia española e hispanoamericana*, 2ª edición, Madrid, 1927.

III. LAS INSTITUCIONES ECONOMICAS

A. Las regalías

El estudio de las Instituciones económicas exige que previamente se tenga a la vista un cuadro sistemático de las llamadas *regalías* de la Corona de España en estos territorios de las Indias, ya que dada la enorme concentración de poderes y atribuciones que caracterizan las monarquías absolutas, puede afirmarse que todo el derecho de los particulares descansó en la gracia o merced real.

Un tratadista de tanta autoridad como Juan de Solórzano presenta en su *Política Indiana* el siguiente cuadro de las regalías de la Corona en estos territorios: la propiedad de las *minas,* "ora se hallen y descubran en lugares públicos, ora en tierras y posesiones de personas particulares"; "el *oro* que se coge, pesca, o labra en los ríos, o en las vertientes"; las *salinas,* el cultivo del *Brasil* y otros productos agrícolas y las llamadas *rentas estancadas;* las *perlas, esmeraldas* y otras piedras preciosas; los *tesoros* que se encontrasen en los templos y enterramientos de los indios; los bienes *mostrencos* (o sea los que no tuvieran dueño conocido), *vacantes* (o sea los de personas fallecidas sin testamento y sin dejar herederos legítimos) y los procedentes de naufragio; las *tierras, aguas, montes* y *pastos* que no hubieran sido concedidos a personas particulares por la propia Corona, o por sus autoridades facultadas para ello; la provisión de los *oficios públicos* y el *regio patronato* eclesiástico.

De la propiedad de las tierras, aguas, montes y pastos, así como del aprovechamiento de las minas, pasamos a ocuparnos

inmediatamente, como instituciones básicas de la vida económica colonial.

Con respecto a las otras regalías enumeradas, que tienen también un carácter patrimonial, bastará con decir que, en términos generales —y salvo excepciones, que se registran sobre todo en la primera etapa de los descubrimientos—, se concedió su libre aprovechamiento a los particulares, con la obligación de pagar a la Corona el *quinto* de los beneficios que obtuvieren.[27]

B. El régimen de la tierra: agricultura y ganadería

Ya hemos dicho que una de las atribuciones concedidas en las Capitulaciones a los Adelantados, jefes de las expediciones descubridoras, fué la de *repartir* tierras y *solares*. De esta misma facultad gozaron las altas autoridades coloniales —Virreyes, Presidentes, Gobernadores y Cabildos— en los territorios de nuevo descubrimiento y población, con la circunstancia de que los repartimientos hechos por estas autoridades quedaban sujetos a la superior confirmación de la Corona.

El *repartimiento* —y junto a él la Real Cédula de *gracia* o *merced*— fué el título originario para adquirir en las Indias la propiedad de la tierra.

Pero por el mero hecho del *repartimiento* no se adquiría el pleno dominio sobre el lote de tierra adjudicado. Era requisito indispensable para que el dominio se consolidase, *poner en cultivo* la tierra recibida y *residir* en ella por un plazo de tiempo que cambió según los casos —cuatro, cinco y hasta ocho años—.

Estos repartimientos habían de hacerse *sin agravio para los indios, sin perjuicio de tercero,* sin concesión de *facultades jurisdiccionales* sobre los habitantes de las tierras adjudicadas y sin derecho alguno de dominio *sobre las minas* que en ellas pudieran hallarse. Al hacerse los repartimientos se había de procurar que

[27] Véase mi estudio citado *El derecho de propiedad en la legislación de Indias.*

a todos correspondiese "parte de lo bueno e de lo mediano e de lo menos bueno".

En tiempos de Felipe II, de un lado por el mejor conocimiento que se tenía de la realidad americana y de otro por el mayor valor económico de la tierra, con el aumento de la densidad de población, y ante la necesidad de incrementar por todos los medios los recursos del Tesoro para hacer frente a las costosas y frecuentes guerras sostenidas por España, se implantó el sistema de enajenar las tierras de realengo en pública subasta, adjudicándolas al rematante mejor postor.

No sólo esto, sino que, además, se exigió a los propietarios de tierras la exhibición de sus títulos de dominio, anulando las apropiaciones indebidas o las realizadas con exceso al amparo de un título legítimo, si el poseedor no legalizaba su situación con el pago de una cantidad en concepto de *composición.*

Persistieron los *repartimientos de tierras* en los lugares de nuevo descubrimiento o nueva población, y las Reales Cédulas de *gracia* o *merced,* pero ahora ya como algo excepcional. No puede afirmarse que con respecto a estos territorios de las Indias existiera por parte de los hombres de gobierno de España una verdadera política agraria y ganadera. Pero sí se registran en la legislación interesantes preceptos que tienden a regular la agricultura y la ganadería de los lugares de nuevo descubrimiento y población, fomentando unos cultivos, prohibiendo otros, implantando para las explotaciones ganaderas la institución de la *mesta,* etcétera. Todo ello teniendo siempre a la vista el *ejemplo y las necesidades de la economía peninsular.*[28]

C. Régimen minero

La legislación promulgada para regular jurídicamente el laboreo y aprovechamiento de las minas en estos territorios de las

[28] Véase mi estudio "Instituciones económicas de la América española durante el período colonial", publicado en *Anuario de historia del derecho español,* Madrid, 1932.

Indias refleja, durante muchos años, criterios tan vacilantes y contradictorios que resulta difícil todo intento de presentar con claridad y de una manera esquemática la línea de su evolución histórica. Tratadistas de tanta autoridad como Juan de Solórzano han incurrido a este respecto en errores notorios.

Como resumen de investigaciones personales realizadas sobre la materia, podemos presentar, con carácter provisional, las siguientes conclusiones:

1. Hubo un primer momento en que se reservó al Rey el aprovechamiento de todas las minas que se descubriesen en las Indias, salvo aquellas de las cuales se hiciera concesión especial.

2. A partir de 1504 se estableció, como medida general, que todos pudieran descubrir y beneficiar libremente las minas, pagando a la Corona el *quinto* y aun en ocasiones sólo el diezmo o el vigésimo.

3. En fecha que no se puede puntualizar se ordenó que fueran tomadas para el Fisco todas aquellas minas que en los documentos de la época se designan de una manera vaga, pero expresiva, como "minas ricas o de nación".

4. Desde entonces parece que se distingue entre las minas "ricas o de nación" y las que pudiéramos llamar *ordinarias.*

Las primeras se las reservan los monarcas. Las segundas se siguen beneficiando libremente por los particulares, pagando el *quinto.* A veces, por privilegio especialísimo, se concede también el aprovechamiento de aquéllas, pero sólo por plazos de tiempo muy cortos: de ordinario uno o dos años.

5. No sabemos hasta cuándo se mantuvo este estado de cosas; pero ya en las Ordenanzas del Virrey Don Francisco de Toledo se presupone como vigente otro estado de derecho distinto: que todo descubridor de minas, sin hacer distinción entre ellas, estaba obligado a consentir que en el terreno denunciado se *acotase una veta,* la mejor, como mina de Su Majestad. Como complemento de esta doctrina jurídica señalamos la importancia grande que

desde el punto de vista técnico y social tuvieron las Ordenanzas del Virrey Don Francisco de Toledo, y recordamos las palabras del gran historiador argentino Ricardo Levene, según las cuales "el derecho de minería indiano adquirió caracteres más técnicos y especiales con las ordenanzas de 1783, dictadas para Nueva España, extendidas dos años más tarde al Perú y Chile y generalizadas después a todos los territorios hispano-americanos".

El grado de desarrollo que en el orden económico lograron alcanzar las explotaciones mineras a lo largo del período colonial, no ha sido estudiado suficientemente.

Sabemos por Antonio de León Pinelo que la explotación directa de las minas reservadas al Rey no dió, en general, buenos resultados, por lo que las más de ellas se vendieron o se arrendaron a los particulares.[29]

D. Comercio y navegación

El régimen de comercio y navegación entre España y las Indias descansó en el principio del monopolio establecido en favor del puerto de Sevilla y de los grandes mercaderes radicados en esta ciudad.

Si en un primer momento fué Cádiz el puerto de partida para las Indias, al crearse en 1503 la Casa de la Contratación de Sevilla, organismo del cual más adelante habremos de ocuparnos, pasó a ser esta última ciudad el centro metropolitano de todo el comercio de Ultramar.

Todavía durante el reinado de Carlos I, por razones de técnica comercial, se creó en la Coruña una Casa de la Contratación de la especiería, ya que el comercio de las *especies* se hacía en navíos de hondo calado para los cuales resultaba insuficiente, o por lo menos peligroso, el río de Sevilla. Y en 1529 se habilitaron nuevos puertos peninsulares: Bayona, Coruña, Avilés, Laredo, Bilbao, San Sebastián, Málaga y Cádiz, además de Sevilla, para el tráfico con las Indias.

Pero en el reinado de Felipe II se acusa un retroceso en esta política de tendencia abierta y liberal. Triunfaron con este monar-

ca las tendencias centralizadoras, tan gratas a su espíritu de burócrata, y los intereses de los grandes comerciantes de Sevilla.

En los primeros años de su reinado, en 1561, se regula toda la navegación a las Indias, según el régimen llamado de flotas y galeones. En 1579 se derogó la Real Cédula de 1529, que abría al tráfico con las Indias los nueve puertos anteriormente citados. Quedó Sevilla como único puerto de partida y de regreso.

Ya en 1526 se había prohibido que las naves mercantes españolas pudieran navegar aisladamente. La travesía tenía que hacerse yendo estas naves en *conserva de flotas,* armadas y pertrechadas según las reglas establecidas por la Casa de Contratación de Sevilla. Entre los años de 1564 a 1566, quedó establecido que anualmente partieran de Sevilla dos flotas distintas: una para Nueva España y otra para Tierra Firme. La primera había de salir en primavera con rumbo al Golfo de México, llevando naves no sólo para el puerto de Veracruz, sino para el de Honduras y los de las Antillas. La segunda salía en agosto, con rumbo al istmo de Panamá, Santa Marta y otros puertos de la costa norte de la América del Sur.

Esta minuciosa y exclusivista reglamentación del comercio entre España y las Indias tuvo su complemento en las medidas restrictivas promulgadas para el comercio intercontinental entre los distintos puertos de América. Se prohibió que el comercio entre Europa y la América del Sur se hiciera por vía Buenos Aires y que el comercio con los puertos del Pacífico se hiciera por el estrecho de Magallanes. Se dificultó, en suma, por todos los medios el comercio directo entre unas comarcas y otras de la propia América, sobre todo cuando se trataba de artículos que pudieran hacer la competencia a los que España exportaba.

Esta política monopolizadora y restrictiva motivó el desarrollo de una fuerte corriente comercial de carácter clandestino. Los focos más poderosos de este comercio de contrabando fueron las costas del mar Caribe y el puerto de Buenos Aires.

[20] Véase mi estudio citado, *El derecho de propiedad en la legislación de Indias.*

Todo este estado de cosas cambió radicalmente a lo largo del siglo XVIII. Por el impulso de nuevas doctrinas económicas y por el resultado de guerras desgraciadas sostenidas por España con la Gran Bretaña, se implantó, poco a poco, un nuevo sistema de comercio más liberal en su contenido.

Se sustituyó el viejo régimen de *flotas* y *galeones* por el sistema de *navíos sueltos* que se registraban aisladamente para los distintos puertos de las Indias. Se organizaron compañías mercantiles en distintos puertos del norte de España, con privilegios importantes para dedicarse al comercio de ciertos géneros en diversas comarcas de las Indias. Se establecieron en 1764 correos marítimos mensuales entre España y sus colonias de Ultramar. Se habilitaron para el comercio, en 1765, diversos puertos peninsulares. Se permitió el comercio intercontinental americano, en 1774, entre los cuatro reinos del Perú, Nueva España, Nueva Granada y Guatemala. Se autorizó, igualmente, el comercio entre Buenos Aires y Chile y las colonias del interior en 1776. Y, por último, en 1778, se promulgó el Reglamento y Aranceles Reales para el comercio libre de España y las Indias.

Los resultados de esta política liberal fueron sorprendentes. "El comercio de Cuba, afirma el profesor Haring, que en 1770 se hacía con cinco o seis navíos, necesitaba 200 en 1778. La exportación de cueros de Buenos Aires aumentó de ciento cincuenta mil cueros anuales a ochocientos mil. En un período de diez años, desde 1778 a 1788, el valor total del comercio de España con sus colonias aumentó en un setecientos por ciento. Al final del período colonial, las provincias españolas de América gozaban de mayor prosperidad y bienestar que nunca. Las colonias españolas poseían riquezas mucho mayores que las colonias inglesas del norte de América y adquirieron todos los símbolos exteriores de opulencia, como importantes edificios públicos, universidades, catedrales y hospitales, en ciudades bien pobladas que eran centros de lujo, de enseñanza y de cultura".[30]

[30] C. H. HARING, *El comercio entre España y las Indias, en la época de los Hapsburgos* (Fondo de Cultura Económica, México, 1939). De este mismo

E. Rasgos generales de la política económica de España en las Indias

Como un resumen de lo expuesto en este capítulo, y aceptando puntos de vista presentados por el citado profesor Haring, creemos que, como rasgos fundamentales de la política económica desarrollada por el Estado Español en las Indias, interesa subrayar los siguientes:

Estuvo esta política inspirada por las doctrinas mercantilistas, imperantes en Europa en la época de los grandes descubrimientos en el Nuevo Continente.

Dos fueron sus principios reguladores: el exclusivismo colonial y la llamada teoría de los metales preciosos.

Basados en ellos, los monarcas españoles declararon los territorios de las Indias coto cerrado, abierto sólo a los vasallos de la Corona de Castilla y vedado a los súbditos de potencias extranjeras. El intervencionismo económico del Estado español en los territorios coloniales se acusó con un proteccionismo manifiesto hacia las actividades mineras para fomentar el envío a la Metrópoli de los metales preciosos, con menoscabo evidente de las explotaciones agrícolas e industriales.

Desde el punto de vista comercial, las colonias hispanoamericanas fueron consideradas como un simple mercado complementario de la economía peninsular, reservado exclusivamente, como ya hemos dicho, a los comerciantes de la Metrópoli.

A cargo de éstos había de correr la exportación a las Indias de todos los productos agrícolas o manufacturados de Europa, necesarios para la vida de las nacientes poblaciones. La economía de las colonias hubo de orientarse, en consecuencia, en el sentido de pro-

autor hemos utilizado los textos originales de las lecciones de un curso explicado en el Centro de Estudios de Historia de América de la Universidad de Sevilla, que estaban preparados para ser entregados a la imprenta al estallar la guerra civil española. Ignoramos la suerte que hayan podido correr estos originales.

ducir sólo aquellas mercaderías de que se carecía en España: oro, principalmente, y otros metales preciosos, especiería, etc., y que nunca habrían de presentar competencia ruinosa a la producción peninsular. El transporte de unas y otras mercaderías había de hacerse, exclusivamente, en naves españolas.

El oro y los demás metales preciosos fueron considerados como la base más sólida y positiva de riqueza en sí y no como lo que realmente eran, meros símbolos de bienestar económico o instrumentos de cambio muy codiciados y valiosos. Se intensificó por todos los medios su producción y transporte a España y se procuró su retención allí prohibiendo su exportación a las otras naciones europeas.

Las consecuencias de esta política, equivocada en todo caso, y más en un país como Castilla, de economía pobre y de industria tan rudimentaria, no tardaron en hacerse sentir. La producción industrial española, que no bastaba para satisfacer las exigencias del mercado interior, mal podía cubrir las necesidades cada día aumentadas de sus mercados coloniales. Hubo necesidad de acudir a otros centros de producción europeos y, en este forzado intercambio de productos, España hubo de ceder, al cabo, su mercadería más preciada: el oro importado de las Indias.

Todo ello con daño evidente de la economía nacional, abandonadas sus verdaderas fuentes naturales de riqueza y en provecho exclusivo de las grandes dinastías de mercaderes, de origen extranjero, radicadas en Sevilla.[31]

[31] Lecciones del curso citado del profesor Haring. Véase también mi estudio *Nuevas aportaciones para el estudio del régimen municipal hispanoamericano del período colonial. Las tasas de mercaderías y los concejos,* publicado por Universidad Nacional de La Plata, 1934.

IV. GOBIERNO Y ADMINISTRACION

A. Los adelantados gobernadores

En la etapa inicial de los descubrimientos fué confiado el gobierno de los nuevos territorios incorporados a la Corona de Castilla a los jefes de las expediciones descubridoras.

Ostentaron éstos, como ya hemos dicho, el título de Adelantado, vieja palabra castellana de origen medieval con la cual se designaba al funcionario que ejercía el mando, más con un carácter militar que civil, en los territorios peninsulares fronterizos con los árabes.

En las Indias, se hace difícil puntualizar las atribuciones peculiares de los Adelantados, porque de ordinario todo Adelantado era al propio tiempo Gobernador. Con un carácter o con otro, se les ve ejerciendo el gobierno político y administrativo, con facultades también de naturaleza militar y jurisdiccional.

Ya hemos dicho que el cargo tuvo un carácter vitalicio y en ocasiones hereditario. Cuando se crearon los virreinatos, se mantuvo a los Adelantados exentos de la jurisdicción de los Virreyes. Esta institución de los Adelantados fué desapareciendo al superarse la etapa histórica de los descubrimientos y al hacerse más acusada la presencia del Estado español en las Indias por medio de su alta burocracia.[32]

B. Las audiencias

Después de los fracasos políticos de Colón y el período de gobierno de Fray Nicolás de Ovando, cuando ejercía el gobierno de

[32] Véase R. R. Hill, *The office of Adelantado*, New York, 1913.

la Española el hijo del descubridor, Don Diego Colón, para hacer frente a la mayor complejidad de la vida pública en los territorios recientemente descubiertos, se creó, en 1511, la primera Audiencia de Santo Domingo.

Los conflictos jurisdiccionales que desde el primer momento se suscitaron entre la Audiencia y Don Diego Colón, motivaron la supresión de aquélla y la restricción de las facultades políticas que por herencia venía ejerciendo el hijo del primer Almirante de las Indias, confiándose el gobierno de *la Española,* primero, a una comisión de frailes Jerónimos (1516), y al Licenciado Rodrigo de Figueroa después (1518).

En 1526 se restableció la Audiencia de Santo Domingo. Un año antes se había fundado la primera Audiencia de Nueva España, pero los abusos de poder cometidos por sus oidores motivaron la destitución de esta Audiencia. Se restableció en 1531, y ya desde entonces se generalizó esta institución en tierra continental, creándose nuevas Audiencias a medida que así lo requerían los avances de la conquista.

Las Audiencias de Indias tuvieron como modelo las Reales Audiencias y Cancillerías de Valladolid y Granada. Pero pronto se diferenciaron de estos precedentes peninsulares.

Fueron, fundamentalmente, órganos corporativos de la Administración de justicia. Pero ejercieron al propio tiempo *funciones de gobierno* muy importantes, que en España no llegaron a desempeñar nunca. Actuando en corporación, como Reales acuerdos, controlaron, en buena parte, las altas funciones de gobierno de los propios Virreyes.

La enormidad de las distancias, la dificultad de las comunicaciones y la desconfianza de los monarcas, explican este complejo de atribuciones de que las Audiencias gozaron y el hecho de que, si de una parte estaban sujetas a la autoridad de los Virreyes, estuvieran por otra parte facultadas para compartir con ellos sus funciones de gobierno y aun para fiscalizar la actuación de estos altos funcionarios.

Un investigador argentino, el señor Ruiz Guiñazú, admite, en su obra titulada *La Magistratura Indiana,* la siguiente clasificación de las Audiencias coloniales: Virreinales (radicadas en la capital de un virreinato y presididas por el propio Virrey); Pretoriales (presididas por un Capitán General), y Subordinadas. Esta diferencia jerárquica fué más nominal que efectiva.

El número de Oidores de cada Audiencia fué cambiando según la complejidad de los asuntos sometidos a su jurisdicción.

En el siglo XVII dependían del virreinato de Nueva España las Audiencias de Santo Domingo, México, Guatemala y Guadalajara; y del virreinato del Perú, las de Panamá, Lima, Santa Fe de Bogotá, Charcas, Chile y Buenos Aires. En el siglo XVIII, al crearse los virreinatos de Nueva Granada y Río de la Plata, se encuadraron dentro de la jurisdicción del primero las Audiencias de Santa Fe de Bogotá, Panamá, Quito y Venezuela; y dentro de las del segundo, las de Buenos Aires y Charcas.[33]

C. Los virreyes

La institución del Virrey tuvo en las Indias, desde el primer momento de su creación, un carácter netamente *estatal.* Aun cuando a Colón se le concedió este título, esta concesión tuvo sólo un valor meramente honorífico.

Los dos primeros grandes virreinatos, el de Nueva España y el del Perú, se crearon en el siglo XVI, cuando ya empezó a tenerse en la Metrópoli una visión más precisa del hecho geográfico americano y de la complejidad del nuevo mundo incorporado a la Corona castellana. En el siglo XVIII se crearon los virreinatos de Nueva Granada y del Río de la Plata, ya que desde Lima era prácticamente imposible la gobernación de una demarcación territorial tan vasta.

Fueron los primeros Virreyes, como encarnación suprema del Estado español en las Indias, altos funcionarios que gozaron de un complejo de atribuciones hasta entonces nunca igualadas. Como

[33] Véase Ruiz Guiñazu, *La magistratura indiana,* Buenos Aires, 1916.

un *alter ego,* hablan de ellos los monarcas. La inmensidad de las distancias, la dificultad de las comunicaciones con la Metrópoli y la urgencia de los múltiples problemas a resolver, obligaban a los Virreyes a decidir por sí y ante sí, en muchos casos, sin plantear siquiera la cuestión a los altos organismos de gobierno radicados en España.

Por medio de *instrucciones,* trazaban pautas para el desempeño de sus actividades públicas a gobernadores y otros funcionarios de la Administración, dependientes de su autoridad. En sus *memorias* dejaron consignadas sus experiencias de gobierno, para que pudieran ser aprovechadas por sus sucesores; en el llamado *pliego de mortaja,* designaban al que había de sucederle en ínterin, caso de fallecimiento, hasta la llegada del nuevo Virrey nombrado por la Corona.

Su nombramiento fué vitalicio en los primeros tiempos. Luego se fijó el plazo de tres años, que gradualmente se extendió hasta cinco.

Esta amplitud de poderes de los primeros Virreyes se fué limitando poco a poco, de un lado, por la obligación que se les impuso de informar a los monarcas de todas sus actividades de gobierno con detallado pormenor y, de otro, por la minuciosidad reglamentarista con que se legislaba desde España. Ya hemos visto, por otra parte, la fiscalización que sobre los Virreyes ejercieron las Audiencias por medio de sus Reales acuerdos, y en su momento oportuno expondremos lo que a este respecto significaron las *visitas* y los *juicios* de *residencia.*

La exposición detallada de las atribuciones de los Virreyes sería tarea muy prolija. Su nota distintiva fué la universalidad, abarcando, en consecuencia, todos los aspectos de la vida pública: legislativo, gubernativo, fiscal y económico, judicial, militar y aun eclesiástico, por virtud del Regio patronato indiano, en su condición de Vicepatronos de los Iglesias del Virreinato.[34]

[34] Véase L. E. Fisher, *Viceregal administration in the Spanish American Colonias* (en University of California Publications in History, vx 1926).

D. Los capitanes-generales-gobernadores y los gobernadores, alcaldes mayores o corregidores

En el mapa político y administrativo de las Indias se registran otras circunscripciones que fueron designadas con los nombres de Capitanías Generales y Gobernaciones. Al frente de las primeras hubo un alto funcionario de carácter preponderantemente militar —Capitán General—, pero con atribuciones también de orden civil: gubernativas, administrativas y aun jurisdiccionales. El mando de las segundas lo ejerció un Gobernador, funcionario de nombre civil, pero con facultades también de carácter militar.

Ha hecho notar el profesor Haring, que no se advierte una concepción sistemática, por parte del Estado español, en la determinación de estas demarcaciones políticas y administrativas. De ordinario se crearon en lugares fronterizos con comarcas inexploradas o habitadas por indios rebeldes al yugo de los conquistadores.

Al frente de las ciudades importantes figuró otro funcionario, representante en la ciudad del poder del Estado, con el nombre de Alcalde Mayor en unas regiones y en otras de Corregidor. Estos Alcaldes Mayores o Corregidores, supeditados directamente a los Virreyes, Presidentes, Gobernadores y Capitanes Generales, según los casos, representaron, en la ciudad en que ejercieron sus funciones de gobierno, el poder inmediatamente superior y con frecuencia tuvieron conflictos jurisdiccionales con los Cabildos municipales y con sus Alcaldes Ordinarios.[35]

E. Régimen municipal

El régimen municipal de las ciudades de Indias fué, en sus líneas generales, un fiel transplante del viejo municipio castellano de la Edad Media.

Pero así como en Castilla, al tiempo de producirse los descubrimientos colombinos, había llegado el municipio a un momento

[35] Lecciones del curso citado del profesor Haring.

mates y renunciaciones de los Oficios Públicos enajenables, asientos otorgados con personas particulares para la construcción de caminos o de otras obras públicas a cambio de determinadas gracias o mercedes, Ordenanzas redactadas por las Audiencias, los Cabildos Municipales y otros organismos administrativos, raro era el acto jurídico de alguna significación que no necesitase de la confirmación del Rey para obtener plena validez. Y yo he podido comprobar documentalmente que su otorgamiento o denegación no se hacía de manera rutinaria, sino que se estudiaban a fondo los autos que al efecto se remitían al Consejo.

No se deben omitir, en este examen que venimos haciendo de los medios de control sobre su burocracia colonial que los Reyes de España se reservaron, las Visitas y los Juicios de Residencia.

Por medio de las primeras —ordinarias y extraordinarias—, se pudo inspeccionar el regular funcionamiento de los organismos administrativos y la conducta observada por las autoridades coloniales. Sirvieron los segundos, para depurar las responsabilidades contraídas por todos los funcionarios, altos y bajos, en el desempeño de sus respectivas funciones.

Se han formulado dudas, en cuanto al grado de eficacia de todo este complejo sistema político, para conseguir un control positivo sobre la burocracia de estos territorios.

A mi juicio, las dudas están justificadas. No lo están, en cambio, afirmaciones hechas con alegre ligereza, que presentan la actuación política de la burocracia colonial como una larga cadena de abusos, coronados todos con la más completa impunidad.

La verdad es que esta cuestión, difícil de captar en toda la amplísima complejidad de sus manifestaciones históricas, no ha sido todavía suficientemente investigada.

Recientes estudios hechos por mí en el Archivo Nacional de Colombia, sobre las instituciones del Nuevo Reino de Granada durante el siglo XVIII, me han inclinado a aceptar como probables las siguientes conclusiones:

a) No se evitaron —cosa poco menos que imposible—,

las extralimitaciones, pero no prevaleció la impunidad para los desmanes realizados;

b) Se acogieron con facilidad toda clase de denuncias y quejas, lo mismo las que provenían de los propios particulares perjudicados, que las presentadas por algunos funcionarios contra sus inmediatos superiores;

c) No se estimó necesario que el desafuero denunciado encuadrase precisamente dentro de las figuras de delito entonces conocidas: la simple negligencia y aun el mero error no disculpable, acarrearon sanciones más o menos proporcionadas con las infracciones cometidas;

d) Nadie, por elevado que fuera su puesto, pudo considerarse libre de una orden punitiva llegada desde España: lo mismo se castigó a simples Regidores y Alcaldes Ordinarios, que a Oficiales de la Real Hacienda, Gobernadores y Oidores de las Audiencias, Presidentes y Virreyes, sin excluir a las autoridades eclesiásticas;

e) Se impusieron amonestaciones y reprensiones públicas, multas en cuantía mayor o menor, suspensiones de empleo y sueldo, reintegros a la Real Hacienda de cantidades indebidamente percibidas o satisfechas indebidamente, etc. —todo ello sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder en casos de gravedad mayor;

f) Todo este rigor punitivo se manifestó, sin embargo, de manera más acusada, en la defensa de los intereses del Fisco que en la protección política de los súbditos.

Quedan todavía por examinar dos aspectos interesantes de este sistema político: el equilibrio de poderes, entre unas autoridades y otras, y el alcance de la conocida fórmula "se acata pero no se cumple".

Ese pretendido equilibrio de poderes condicionó principalmente las relaciones entre Virreyes y Audiencias, tanto en la doctrina como en la realidad de la vida institucional.

Es sabido que la Audiencia Indiana se diferenció de su modelo peninsular, en que junto a sus peculiares funciones de justicia, tuvo actuación muy destacada en amplias esferas de la vida política y administrativa.

Ya he dicho en otra ocasión: "La Real Audiencia, fue la pieza fundamental sobre la cual descansó toda la ma-

bierno con atribuciones políticas —singularmente en el orden fiscal—, una pieza importante en la esfera de la administración de justicia y un factor poderoso para el estudio de la geografía americana y de la ciencia náutica de la época.

En sus comienzos sólo formaron parte de la Casa de la Contratación un Factor, un Tesorero y un Escribano-Contador.

Los conflictos jurisdiccionales con las otras autoridades de Sevilla fueron, en todo momento, frecuentes.

En 1508 —22 de marzo— se creó el cargo de Piloto Mayor, al cual se le confió el examen de pilotos para la travesía a las Indias y la redacción de cartas de marear. En 1510 se nombró un Juez Letrado, asesor en el orden judicial de los oficiales de la Casa. En 1511 se concedieron a este alto organismo facultades jurisdiccionales, tanto de orden civil como criminal, en asuntos de comercio y navegación.

La Casa de Contratación estuvo directamente supeditada al Poder Real, ejercido, primero, por medio de los Secretarios Fonseca y Lope de Conchillos, y luego por el Real y Supremo Consejo de Indias.

Los orígenes históricos de este último organismo son muy confusos. El investigador alemán profesor Schäfer, aceptando las noticias de Solórzano, admite como fecha definitiva de su creación la de 1 de agosto de 1524. Con anterioridad a esta fecha. había sido confiado el estudio y resolución de los asuntos de Indias a algunos miembros del Consejo Real de Castilla. Ya en 14 de septiembre de 1519 se había creado, dentro de este Consejo de Castilla, una Sección especial para conocer de los asuntos indianos.

La organización y atribuciones —muy amplias— del Consejo de Indias se presenta con gran indeterminación en los primeros tiempos y se va precisando a lo largo de la primera mitad del siglo XVI. En sus manos estuvo todo el gobierno político y administrativo de los territorios de las Indias: Jurisdicción civil y criminal en última instancia; nombramiento de funcionarios; presentación de prelados; aprestos de flota; expediciones de descubri-

mientos; hacienda colonial; tratamiento de los indios. Pero todo ello con subordinación efectiva a la alta autoridad de los Monarcas, que en tiempos de Felipe II se acusó con una intervención personal constante, reservada y cautelosa.

Las actividades científicas para el mejor conocimiento de Ultramar no fueron descuidadas. En el Consejo hubo un Cronista Mayor de las Indias y un Cosmógrafo Mayor.

En las célebres leyes nuevas de 1542 se fijó la estructura de este alto organismo por medio de unas Ordenanzas muy minuciosas. Nuevas y elogiables Ordenanzas fueron redactadas en 1571, con motivo de la *visita*-inspección al Consejo, realizada por el destacado jurista Juan de Ovando.

A pesar de la gran autoridad del Consejo, se crearon algunas Juntas especiales para conocer de determinados asuntos. En 1575 se creó la Junta de Hacienda de Indias, y en 1579, la Junta de Guerra.

En el siglo XVII, con el gobierno de los privados o favoritos de los Monarcas, la decadencia general de España se acusa también en el Consejo de Indias. Se realizaron en esta época algunas reformas importantes en la estructura de este organismo. Se creó dentro del Consejo —demasiado numeroso— una especie de Comisión ejecutiva llamada Cámara de Indias, que fué suprimida en 1609 y restablecida en 1644. Se crearon también, en 1604, cuatro Secretarías, que fueron reducidas a dos en 1609: una para Nueva España y otra para el Perú. En 1636 se redactaron nuevas Ordenanzas. Entre tanto, la crisis económica del Consejo aumentaba con el incremento del personal y de los salarios.

Un proceso análogo de decadencia sufrió la Casa de la Contratación de Sevilla. En 1772 se dispuso su traslado a Cádiz, y en el 1790 se decretó su extinción.

El Consejo de Indias se convirtió en mero organismo consultivo cuando Felipe V implantó, en 1717, la Secretaría del Despacho Universal de las Indias.[37]

Las visitas y los Juicios de Residencia fueron las dos instituciones

[37] E. SCHÄFFER, *Historia del Real y Supremo Consejo de las Indias*, Sevilla, 1935.

encaminados a poner en manos de los Monarcas el control de todas las autoridades y organismos del Gobierno colonial, lo mismo de las radicadas en las Indias que de las que ejercían sus funciones en la propia Metrópoli.

Las *visitas* se diferenciaban fundamentalmente de los *Juicios de Residencia* en que las primeras eran despachadas en cualquier momento en que surgía la sospecha o la denuncia de un fraude o de un abuso de poder, mientras que los segundos sólo se exigían al tiempo de terminar su mandato la autoridad residenciada.

La visita fué como una inspección en la cual el visitador o inspector estaba dotado de las más amplias facultades. Podía suspender en el desempeño de sus oficios a los presuntos inculpados, informando de su resolución al Consejo de Indias, al Virrey o al Presidente, según los casos.

Hubo visitas generales para todo un virreinato o Capitanía General y visitas especiales para inspeccionar la gestión de un organismo o de un funcionario determinado. Al lado de los Visitadores existieron los Jueces-Pesquisidores, nombrados por las altas autoridades coloniales para conocer de alguna denuncia concreta formulada contra algún funcionario, con atribuciones meramente informativas.

A los *Juicios de Residencia* estuvieron sometidos todos los funcionarios coloniales, desde los Alcaldes Ordinarios hasta los Virreyes. En estos juicios, donde se rendían cuentas de la gestión realizada, sólo podían acogerse las acusaciones formuladas sobre hechos concretos y no de una manera vaga y general.

Los jueces de residencia habían de enviar un memorial con el resultado de su labor al Consejo de Indias o a las Audiencias coloniales competentes, según los casos, para que estos altos organismos acordasen las sanciones oportunas.

Sobre la mayor o menor eficacia de estas *visitas* o *Juicios de Residencia* se han expuesto, por los historiadores, opiniones diferentes. No creemos que la cuestión esté lo suficientemente estudiada para pronunciarse sobre ella con garantías de acierto.[86]

[86] Lecciones del curso citado del profesor Haring.

G. Organización fiscal y régimen tributario

No fué muy complicado el cuadro de la burocracia fiscal de las Indias. En los primeros tiempos, los *Oficiales Reales* de cada ciudad importante fueron: un Tesorero, un Contador, un Factor y un Veedor.

Más tarde desapareció el cargo de veedor, y en algunos lugares también el de factor.

Para ciertos impuestos especiales, como el de *alcabala,* hubo un recaudador especial en cada distrito.

La política general financiera de cada territorio fué regulada por la Junta Superior de la Real Hacienda, integrada por el Virrey o Gobernador, los Oficios Reales, el Juez Decano y el Fiscal de la Audiencia. Las cuentas se remitían periódicamente a la Casa de la Contratación de Sevilla y al Consejo de Indias.

En 1605 se establecieron tres Tribunales de Cuentas: uno en México, otro en Lima y otro en Santa Fe de Bogotá. Hubo, además, un Contador especial en la Habana y otro en Caracas.

En el cuadro de los ingresos del Tesoro español en las Indias figuró en primer término lo procedente de las distintas regalías, anteriormente enumeradas.

Entre los impuestos, además del *tributo* que estuvieron obligados a pagar los indios —y del cual ya nos hemos ocupado—, figuraron los siguientes: el *almojarifazgo,* por todas las cosas que en las Indias se importasen de Europa, así como por las que en España se importasen de las Indias y cuyo tanto por ciento cambió a lo largo del período colonial; la *sisa,* viejo impuesto de origen medieval, que consistía en una rebaja en favor del erario, que se hacía en los *pesos y medidas* al realizar las transacciones de mercaderías, y que en las Indias tuvo un carácter extraordinario, estando facultadas las autoridades para exigirlo en caso de guerra o de otro gasto urgente; la *alcabala,* que sólo se introdujo en las Indias a fines del siglo XVI, después de vencer enconadas resistencias, y cuyo tanto por ciento varió también según las circunstancias;

los *impuestos eclesiásticos,* como los *diezmos,* y lo que se recaudó por la predicación de la Bula de la Santa Cruzada; los impuestos especiales que pesaron sobre los funcionarios, como la *mesada* y la *media annata.*

Las llamadas *rentas estancadas* cambiaron con los tiempos. En la Recopilación de 1680 se registran como tales: el azogue, la sal donde conviniere, la pimienta, el solian, los naipes y el papel sellado. Con acierto ha hecho notar el profesor Haring que la recaudación de estos derechos produjo más irritación en los contribuyentes que beneficios para la Hacienda. Recordemos la sublevación de los Comuneros de la Nueva Granada.

Constituyeron también fuente de ingresos los donativos o servicios —más o menos voluntarios— de los particulares, los empréstitos, los embargos extraordinarios de bienes particulares enviados en los navíos de las Indias, las *composiciones,* las multas y las confiscaciones.

Aun cuando sobre el particular todavía no puede darse una respuesta sólidamente documentada, puede uno preguntarse, con el tantas veces citado profesor Haring: "¿No fueron las riquezas de las minas de América una desgracia para la nación española? ¿No es verdad que los tesoros traídos de América motivaron un aumento de dinero y una subida de precios en un país no industrial y que estos tesoros sirvieron solamente para satisfacer vanidades sociales y para hacer a la nación más incapaz para el desarrollo de su vida industrial y mercantil?" [39]

H. El regio patronato indiano

Por Bulas de los Pontífices Alejandro VI y Julio II, ejercieron los Monarcas españoles el Regio Patronato sobre todas las Iglesias de las Indias.

Los juristas consideraron el Regio Patronato como una de las Regalías de la Corona y los reyes de España se mostraron muy celosos de su defensa y ejercicio.

[39] Lecciones del curso citado del profesor Haring.

Por virtud del Regio Patronato, correspondió a la Corona la presentación de todas las dignidades eclesiásticas de las Indias, cualquiera que fuere su jerarquía, y la percepción de los diezmos, con la obligación, por parte de los Monarcas, de atender cumplidamente a los gastos de la erección de iglesias y a los de su sostenimiento.

Ninguna iglesia podía erigirse en las Indias sin autorización del Rey. Tampoco podía establecerse y fundar monasterios ninguna Orden religiosa sin la previa licencia real.

El Consejo de Indias estaba autorizado para examinar y conceder el pase de las *Bulas* y *Brebes* pontificios, pudiendo ordenar su retención con suplicación al Pontífice cuando contuvieren preceptos que lesionaran los derechos del Regio Patronato.[40]

I. Las grandes reformas políticas y administrativas del siglo XVIII

Con la subida al trono de España de los Monarcas de la Casa de Borbón se inicia un período de grandes reformas políticas y administrativas que tuvieron en los territorios de las Indias repercusión acusada. Felipe V y Carlos III —con sus ministros— fueron, sobre todo, grandes monarcas innovadores.

Las reformas políticas y administrativas de estos reyes estuvieron inspiradas en un sentido altamente centralizador, tomando como modelo el régimen francés.

Ya hemos visto cómo, en orden a los órganos de gobierno radicados en la Metrópoli, las Secretarías de Despacho Universal suplantaron en buena parte al Real y Supremo Consejo de las Indias, que quedó reducido en sus funciones a un organismo meramente consultivo.

Pero el nervio de las grandes reformas introducidas por Carlos III en el gobierno de las Indias, lo constituye la aplicación a

[40] La obra clásica sobre esta materia es la de P. Fraso, *Regio Patronato Indiarum*, Madrid, 1775. Solórzano estudia ampliamente la cuestión en su *Política Indiana*. Como estudio moderno, es muy recomendable el del P. Leturia, "Der Hl. Stuhl und das spanische Patronat in Amerika" (publicado en *Historisches Jahrbuch*, Colonia, 1926).

estos territorios del sistema de Intendencias. El primer intento a este respecto se registra en 1770. Después de varias vicisitudes, se llega a la Ordenanza de 1782, que asigna al Intendente del Río de la Plata, la alta función gubernativa en los ramos de Hacienda, Justicia, Policía y Guerra. Cinco años más tarde se aplicó esta Ordenanza en Lima y poco después se hizo extensiva a Nueva España y, en general, al resto de América.

Con la implantación de este régimen, los antiguos Gobernadores de los territorios coloniales fueron sustituídos por los Intendentes-Gobernadores, sometidos, en parte, a la autoridad del Virrey y, en parte, a la del Intendente General.

Puede decirse que el establecimiento de este régimen de Intendentes afectó a todo el viejo sistema político colonial, desde los Virreyes hasta los Cabildos Municipales, que también vieron disminuída su autonomía.

Comentando el espíritu informador de estas reformas, ha dicho el historiador Ricardo Levene: "Así el regalismo de los Borbones pretendía deshacer la obra de los siglos y, lo que es más importante, rectificar la obra espontánea de la naturaleza".[41]

El profesor Haring ha hecho observar, por su parte, que si con la implantación del sistema de Intendencias se consiguió sanear la administración del Estado español en las Indias, incrementándose considerablemente los ingresos del Tesoro, los beneficios que por este lado se alcanzaron quedaron contrarrestados con creces por el error político que implicó desplazar a los criollos de los puestos de Gobernadores, Alcaldes Mayores o Corregidores que habían logrado alcanzar y sustituirlos por funcionarios peninsulares que absorbieron sus atribuciones políticas y administrativas, desde los nutridos cuadros burocráticos de las distintas Intendencias.[42]

[41] Véase Ricardo LEVENE, *Introducción a la historia del derecho indiano*, repetidamente citada. Sobre el régimen de Intendencias, véase L. E. FISCHER, "The Intendant system in Spanish America" (en *University of California Publications in History*, 1929).

[42] Lecciones del curso citado.

V. LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO

En la esfera del Derecho Privado puede afirmarse que las instituciones del derecho castellano peninsular alcanzaron en las Indias plena vigencia, o por lo menos un papel muy relevante, a pesar de su carácter supletorio.

El examen de las fuentes del derecho propiamente indiano, y sobre todo de la Recopilación de 1680, pone de relieve que las disposiciones que en ellas se contienen sobre familia, sucesión, propiedad y obligaciones, aun cuando se promulgaron en número considerable, versaron sobre puntos muy concretos y no modificaron, en lo fundamental, el viejo derecho castellano.

Preceptos reguladores de los matrimonios entre los indios y entre indios y españoles; otros dictando normas sobre la administración y aseguramiento de los bienes de los difuntos en Indias y cuyos herederos estuvieran en España, sobre la sucesión en las encomiendas y sobre las memorias testamentarias de los indios; Reales Cédulas encaminadas a regular el derecho de propiedad de los indios con un sentido tutelar, y otras definidoras de lo que pudiéramos llamar el contrato de arrendamientos de servicios con un criterio humanitario para el indio trabajador, es todo cuanto de interés se encuentra en las fuentes del derecho propiamente indiano sobre las materias de referencia.

En todo lo demás había que suplir el silencio de la ley, acudiendo a las fuentes peculiares del derecho castellano peninsular.

Sentadas estas observaciones de carácter general, pasemos a exponer las disposiciones más representativas del derecho propiamente indiano en las distintas esferas del derecho privado.

A. La regulación jurídica de la familia

En términos generales, puede decirse que los mismos preceptos que en España regularon la celebración canónica del matrimonio estuvieron también vigentes en los territorios hispanoamericanos de Ultramar. Primero, con la variedad de formas y solemnidades imperantes en la Metrópoli al tiempo de producirse los descubrimientos colombinos; después, con la rigidez doctrinal prescrita en el Concilio de Trento. Así lo atestigua una Real Cédula de 12 de julio de 1564, al ordenar a los Arzobispos y demás Prelados de Indias que publicasen los cánones del mencionado Concilio, "cuyos acuerdos son ley de Reyno", y a las Justicias ordinarias que prestasen todo el auxilio necesario para que no se alterase su observancia.

El principio de la libertad en la prestación del consentimiento, fundamental para la validez del matrimonio canónico, no se declara expresamente en la legislación de Indias, pero resulta incuestionable su vigencia por numerosos documentos históricos que de una manera indirecta lo atestiguan.

"Que los Virreyes y Gobernadores —se declara en la Ley XXXII, tít. III, lib. III de la Recopilación de 1860— no traten casamientos de sus deudos y criados con mujeres que han sucedido en encomiendas... y las dejen casar y tomar estado *con la libertad que tan justa y debida es*". Otros testimonios, no menos significativos, podrían ser aducidos fácilmente.[43]

Los matrimonios entre españoles y mujeres de las distintas razas indias sojuzgadas estuvieron reconocidos y sancionados por la ley, desde los primeros años de la conquista. En realidad, puede decirse que el problema no llegó siquiera a plantearse. Son muy abundantes y conocidos los pasajes de los primeros cronistas de las Indias que nos hablan de la facilidad con que los españoles se unieron con mujeres de aquellas razas, generalmente en simples

[43] Véase mi estudio *El derecho de familia en la legislación de Indias*, publicado en mi libro citado *Instituciones sociales de la América española...*

concubinatos, que acabaron las más de las veces en legítimos matrimonios. El legislador, por una parte, se limitó a reconocer y sancionar los hechos producidos y aún trató de fomentar estas uniones mixtas. Así en una Instrucción de 29 de marzo de 1503,[44] se lee: "Otrosí: mandamos que el dicho Nuestro Gobernador e las personas que por él fueren nombradas para tener cargo de las dichas poblaciones, e ansí mismo los dichos Capellanes procuren como los dichos indios se casen con sus mujeres en haz de la Santa Madre Iglesia; e que ansí mismo procure que algunos cristianos se casen con algunas mujeres indias, y las mujeres cristianas, con algunos indios". Y en Real Cédula de 5 de febrero de 1515 se advertía: "El Rey... my voluntad es que las dichas yndias e yndios tengan entera libertad para se casar con quien quisieren, así con yndios como con naturales destas partes".[45]

La doctrina establecida en España sobre la necesidad del consentimiento paterno en los matrimonios de los hijos de familia sufrió al aplicarse en las Indias algunas modificaciones de interés. impuestas por las circunstancias. Se exceptuó del requisito previo de la licencia paterna "a los mulatos, negros, coyotes e individuos de castas semejantes", a los cuales, sin embargo, se les había de hacer ver el respeto natural que se debe a los padres y personas mayores. Los indios, por estar equiparados jurídicamente a los españoles, habían de cumplir con los preceptos establecidos para la obtención de la licencia paterna al celebrar sus matrimonios; pero los *tributarios* podían suplir este requisito con la licencia de sus curas y doctrineros, si sus padres no fueran conocidos o vivieran en lugares alejados. Con respecto a los españoles que vivieran en las Indias y cuyos padres, parientes o tutores se encontrasen en España o en otras provincias muy distintas de las propias Indias, se admitió que pudieran suplir el consentimiento paterno con la

[44] *Colección de documentos inéditos... del Archivo General de Indias.* T. XXXI, pp. 156 y 163.

[45] *Colección de documentos inéditos... de Ultramar,* T. IX, p. 52, nº 16. Ley II, tít. I, lib. VI. Recop. 1680.

licencia judicial, sin pagar por ello derecho alguno. Se autorizó a las Audiencias para que redactasen Reglamentos con las modificaciones exigidas por las circunstancias, aun cuando sin alterar la esencia de la doctrina jurídica peninsular.[46]

Resolviendo dudas planteadas por el Arzobispo de Charcas sobre si los Ministros eclesiásticos podían autorizar los matrimonios sin la presentación previa de la licencia paterna, cuando los contrayentes se conformasen de antemano con la pena de desheredación establecida en la Pragmática, se resolvió, por Real Cédula de 8 de marzo de 1777, que la presentación de esta licencia era requisito previo inexcusable.[47]

También sufrió algunas modificaciones de interés en la llamada legislación de Indias, la doctrina canónica y civil de los impedimentos matrimoniales.

En el orden civil son terminantes y reiteradas las disposiciones que prohibieron los matrimonios con mujeres avecindadas en los distritos de su jurisdicción a los Virreyes, Presidentes, Oidores, Gobernadores, Corregidores, Fiscales, Alcaldes Mayores y del Crimen. La doctrina no constituía ninguna novedad, pero en las Indias hubo de exigirse el cumplimiento de estos preceptos con mayor energía y decisión, ya que la enormidad de la distancia que separaba aquellos territorios de la Metrópoli y la dificultad de las comunicaciones aumentaban los riesgos de los abusos que en este orden podían cometerse. Juan de Solórzano, estudiando esta cuestión en su *Política Indiana,* sostiene que estas prohibiciones eran válidas también en el fuero interno, porque no iban, como algunos pretendían, contra el derecho canónico ni contra la libertad que debe presidir en la celebración de los matrimonios, ya que éstos eran siempre válidos, aun cuando se contrajeran contra la prohibición expresa del Rey, llevando por única sanción la pérdida de

[46] Véase mi estudio citado sobre *El derecho de familia en la legislación de Indias,* pp. 120-123.

[47] Archivo General de Indias (Sevilla): *Indiferente General,* 139-7-13 (T. XV, folio 289) y registros 139-7-6 (T. II, año 1777, nº 3).

los cargos para los contraventores; "y todos los autores están conformes —añade— en que pueden los Príncipes, por justas causas, prohibir matrimonios entre sus súbditos, aunque no forzarlos".[48]

Otro tratadista clásico, el Padre Avendaño, sostenía a este respecto en su *Tesoro Indico*: que no debía ser considerado como pecado la contravención de estas leyes civiles; que para la concesión o denegación de la licencia real debía ser tenida en cuenta la mayor o menor parentela que tuviese la mujer con la que se pretendiera contraer matrimonio; y que el Oidor que se hubiese casado sin licencia, no estaba obligado a dejar el cargo hasta que no se hubiera promovido el correspondiente proceso y hubiese recaído sentencia condenatoria.[49]

En la esfera estrictamente económica también se registran adaptaciones peculiares de la doctrina establecida en Trento a las nuevas modalidades de vida imperantes en los territorios indianos. No sólo hubo de alterarse el cuadro comprensivo de los impedimentos matrimoniales derivados del parentesco, cuando se trataba de matrimonios entre indios, sino que aun para las uniones matrimoniales de mestizos, criollos y españoles radicados en el nuevo mundo, se dictaron normas distintas respecto a la forma en que las *dispensas* debían solicitarse y obtenerse, concediendo a este respecto a los Prelados de las Indias y a otras dignidades eclesiásticas, facultades especialísimas para dispensar impedimentos que en circunstancias normales no hubieran sido dispensables.[50]

Por motivos circunstanciales y puramente políticos, se llegó en ocasiones a desconocer el principio de la libertad en orden a la celebración de matrimonios, para fomentar el aumento de la población en los territorios conquistados. No es que se vulnerase, propiamente, la doctrina canónica a este respecto establecida. Pero

[48] *Política Indiana*, lib. v, cap. ix.

[49] Cita de Solórzano en su *Política Indiana*, lib. v, cap. ix. Más detalles en mi estudio citado *El derecho de familia...*, p. 125 y ss.

[50] Véase mi citado estudio *El derecho de familia...*, p. 145 y ss.

se dictaron disposiciones de tipo más o menos coactivo, obligando a contraer matrimonio a los que se encontrasen en determinadas circunstancias. "Que los que tuvieren indios encomendados —se ordenó en una Real Provisión de 8 de noviembre de 1539 [51]— sean obligados a casarse dentro de tres años, no teniendo justo impedimento"; "que el Prelado y Gobernador *persuadan* a los que tuviesen indios, que se casen", se dispuso en la Ley XXXVI, tít. IX, lib. VI de la Recopilación de 1860; y en la V, tít. V, lib. IV de la misma Recopilación, se añadió, insistiendo en el tema, pero en términos más generales: "Que los vecinos solteros sean persuadidos a casarse".

Pero, sin duda, uno de los aspectos más interesantes que ofrece la legislación de Indias en orden al derecho familiar es el que se refiere a la forma en que hubieron de regularse los matrimonios entre los indios recién convertidos al catolicismo. El legislador español, comprendiendo lo injusto e impolítico que hubiera sido tratar de imponer a los hombres de aquellas razas los mismos moldes en que se había venido vaciando una civilización de siglos, buscó el medio de condensar en preceptos nuevos las reglas más adecuadas para el régimen civil de aquellos pueblos, atrayéndolos lentamente al derecho de Castilla, sin transiciones demasiado violentas que hubieran resultado, a más de abusivas y tiránicas, en absoluto contraproducentes. Uno de los fines con más ahinco perseguido en nuestra obra colonizadora era, como es sabido, la conversión de los infieles; para ello era forzoso ir administrando a los neófitos los sacramentos del catolicismo y, si en cada uno de éstos se ofrecían dificultades de muy penoso vencimiento, éstas aumentaban todavía más al tratar del matrimonio, por el carácter básico que esta institución tiene en la vida de los pueblos. Pensar en imponer a aquellas gentes los preceptos canónicos con el mismo rigor y disciplina que hubieron de ser declarados en el Concilio de Trento, hubiera sido acometer una empresa poco menos que insuperable, con todas las probabilidades de un fracaso seguro; pero,

[51] Biblioteca Nacional de Madrid. Manuscritos, 3.045. *Colec. de documentos inéditos... de ultramar.* T. X, p. 462.

por otra parte, no podía tampoco consentir el fervor apostólico de la época exageradas concesiones en materias de tanta trascendencia y que tan a lo íntimo de las conciencias afectaba. Veamos, pues, cómo pudieron armonizarse en la ley exigencias tan opuestas.

El primer problema a resolver que en este respecto hubo de plantearse, fué el de la convalidación, dentro de las normas canónicas, de los matrimonios ya contraídos por los indios en tiempos de su infidelidad. Como acreditan los conocidos testimonios de los primitivos cronistas de Indias, en la casi totalidad de aquellas regiones existía de hecho una verdadera poligamia y, por ello, al tiempo de su conversión, fueron frecuentes los casos en que los neófitos se encontraban casados con más de una mujer, siendo verdaderamente difícil resolver en justicia cuál de éstas tuviera mejor derecho, ya que no podía aceptarse el que siguieran en aquel estado de peligrosa desmoralización. El Pontífice Pablo III trató de resolver este conflicto declarando que en estos casos debía considerarse como legítima a la mujer con la que primeramente se hubiera tenido acceso carnal, reservando al marido la facultad de elegir, para cuando aquello no pudiera precisarse; pero esta última salvedad del legislador fué portillo abierto a toda clase de abusos y de torcidas interpretaciones, porque los indios, maliciosamente aleccionados, fingían siempre ignorar cuál había sido su mujer primera, para de este modo poder elegir entre todas aquella que más les conviniese o les gustase. Hubo, pues, que pensar en corregir tales excesos, y para ello se retiró a los interesados la facultad que hasta entonces habían tenido de designar por sí mismos con cuál de sus mujeres habían contraído primeramente enlace matrimonial, encomendando esta misión a los indios más viejos de cada Parroquia, quienes sentenciaban después de haber escuchado las razones que cada uno alegaba en apoyo de sus pretensiones. Elegida así la que había de seguir siendo desde entonces única mujer del contrayente, se consagraba en ella el matrimonio, y a las demás se las dotaba convenientemente para que pudieran atender en adelante a sus necesidades propias y las de los hijos que quedaban en su poder.

También hubo de ser estudiado y discutido ampliamente este pro-

blema de la convalidación canónica de los matrimonios entre los indios, en el "Sínodo ordenado en la ciudad de los Reyes (Lima)..., en el 1550", siendo de excepcional interés los acuerdos que en este punto se adoptaron. Dice así el testimonio literal que de los mismos hemos encontrado en el manuscrito 3.045 de la Biblioteca Nacional de Madrid: "Capítulo 14: De lo que se ha de hacer cuando estuvieren casados fiel con infiel.—Cuando algún infiel se quiera bautizar, el sacerdote se entere de si es casado con arreglo a su rito, y si lo es, y los dos se quisieren bautizar, les debe compeler a que ratifiquen su matrimonio con arreglo a la Iglesia; si uno no se quisiere bautizar, pero quisiere estar con el que se bautizare, sin injuria para Nuestro Señor, sin persuadir al fiel a que niegue la fe recibida y sin cometer algún otro pecado mortal, no se les debe apartar, y si se quisiere apartar, no se le case con otro; pero si el infiel cometiese pecado mortal y requerido tres veces por el fiel para que rectifique, no lo haga, queda el fiel libre para casarse nuevamente.

"Capítulo 15: Al bautizar el sacerdote al indio debe preguntarle cuál fué su primera mujer, sin dejarle adivinar el móvil de la pregunta para que no lo niegue u oculte, y averiguado cuál sea, aunque ya no viva con ella, debe casarse. Si esto no se averiguase, debe casarse con cualquiera de las otras, o con otra india, tornándose primero cristiana.

"Capítulo 16: Con los que sean casados con sus propias hermanas, con arreglo a sus ritos y costumbres, se permite que se ratifique el matrimonio, según la Iglesia, hasta tanto que el Pontífice sea consultado respecto de lo que se debe hacer; y con los casados con sus tías o sobrinas carnales y cuñadas, como la sentencia del Apóstol dice que las leyes de los fieles no obligan a los que están fuera de la Iglesia, se declara que deben quedar así.

"Capítulo 17: A los nuevamente convertidos, habiendo causa para ello, se les puede dispensar en el tercero y cuarto grado de consanguinidad y afinidad.

"Capítulo 18: Hasta tanto que S. S. sea consultado, se declaran nulos todos los matrimonios clandestinos que en adelante se hicieren entre los indios; sin testigo, con un solo testigo, etc., y el

casarse contra esta prohibición se considerará como *impedimentum criminus.*

"Capítulo 19: Que se desposen y velen juntamente, salvo en caso de necesidad, y las bendiciones se les podrán dar en todo tiempo del año, salvo desde *in dominican passionis* hasta el segundo día de Pascua.

"Capítulo 23: El sacerdote, al casar a algún indio, debe amonestarle de que ya no lo puede hacer otra vez- salvo en muerte del cónyuge y si lo volviere a hacer, se le darán cien azotes y se le cortarán los cabellos, y la misma pena se dará a la que se case con él, si sabía que el tal era casado; y éste será vuelto a su primera mujer; y para evitar esto se manda que no se les case sin amonestarles tres veces." [52]

La necesidad de corregir abusos contrarios a la libertad matrimonial de los indios, cometidos unas veces por sus propios caciques y otras por los españoles encomenderos, obligó a intervenir a los monarcas españoles, también de una manera enérgica y reiterada.

En una Real Cédula de 5 de febrero de 1515 se dispuso: "El Rey... my voluntad es que los dichos yndios e yndias tengan entera libertad para se casar con quien quisieren así con yndios como con naturales destas partes..." Posteriormente, el 17 de diciembre de 1557, se ratifica el mismo principio, ordenando a la Audiencia del Perú que "A ningún cacique aunque infiel se le permitiese casar más de una vez, ni tener mujeres encerradas, o privarles de que ellas lo executasen con quien quisieren". Disposición que hubo de repetirse, porque las infracciones persistieron, en 29 de noviembre de 1628, y que últimamente fué incorporada a la Recopilación de Leyes de Indias de 1680.

No fué ésta la única reminiscencia de las primitivas costumbres indias que hubo de ser corregida por el legislador español, por suponer una negación intolerable a la libertad con que los

[52] De los privilegios espirituales concedidos para los matrimonios de los indios recién convertidos, trata Solórzano en el lib. II, cap. XXIX de su *Política Indiana.*

matrimonios debían celebrarse y un atentado patente a los principios de la moral menos escrupulosa. Así, en 29 de septiembre, también de 1623, hubo de preceptuarse por el monarca Felipe IV: "Que los indios no pueden vender sus hijas para contraer matrimonio", costumbre muy arraigada en alguna de aquellas regiones, singularmente entre las tribus araucanas del reino de Chile.

Pero donde los abusos hubieron de repetirse con más persistente frecuencia fué en las encomiendas de indígenas por parte de los españoles encomenderos, motivando con esto las más enérgicas condenaciones de la ley. Puede citarse a este efecto la Real Cédula de 10 de octubre de 1618, que luego fué la Ley XXI, título IX, libro VI de la Recopilación de 1860, en la cual literalmente se establecía: "Que ningún encomendero u otra persona, impida casamiento de indios"... "Ordenamos y mandamos, que cualquier encomendero que impidiere matrimonio de indio o india de su encomienda incurra en pena"... "Y encargamos a los curas, que no casen indios con indias de una misma encomienda o casa, cuando el dueño de ella se los llevare, sin hacer particular averiguación si las indias van atemorizadas o con plena libertad"... "Y porque las mujeres exceden mucho de esto, mandamos que lo dispuesto en esta ley se entiende también con las que tuvieren encomienda y si no la tuvieren, incurran en pena de 100 pesos, y en que no se les permita jamás servirse de ninguna india, aunque las indias quieran, y esto mismo se guarde con los hombres no encomenderos."

También debe incluirse dentro de este grupo de disposiciones una Real Cédula de 17 de abril de 1581, en la cual se establecía: "Que no se casen las indias hasta que no tengan edad"; porque aun cuando a primera vista parece que esta disposición más bien debiera ser considerada como una limitación a la libertad matrimonial, ya que en su enunciación constituye un verdadero impedimento, significa realmente una nueva ratificación del expresado principio, si se atiende a los móviles por los que se promulgó, puesto que fué dictada para corregir los abusos cometidos "por algunos encomenderos", los cuales, "por cobrar los tributos que

no deben los indios solteros hasta el tiempo señalado, hacen casar a las niñas sin tener edad legítima" para ello.

Finalmente, podemos terminar esta enumeración con un capítulo, el cuarto, de las Ordenanzas contenidas en el *Gobierno del Perú,* del Licenciado Matienzo, en el cual se ratificaba también el principio constante, previniendo posibles extralimitaciones de los religiosos exacerbados por un mal entendido fervor apostólico. Decía así el capítulo de referencia: "El sacerdote de la doctrina, no compela ninguno a que se case, ni vuelva christiano contra su voluntad más de persuadirlos por bien."[53]

Otro grupo muy nutrido de disposiciones del derecho indiano referentes a la regulación jurídica de la familia está integrado por numerosas Reales Cédulas encaminadas a defender la unidad de domicilio en los casados. Tampoco sobre este principio, tradicional en el derecho castellano, se registra ninguna innovación en la doctrina digna de tenerse en cuenta; pero como la nutrida corriente emigratoria que el descubrimiento de América trajo consigo fué causa de inumerables abusos y corruptelas, en los que se desconocía y quebrantaba la eficacia de los preceptos legales que repetidamente se venían sancionando y definiendo, se hizo preciso que el legislador reaccionase ante el peligro y esto motivó una cantidad abundantísima de Reales Cédulas y otras disposiciones, en las cuales por todos los medios se perseguía el sostenimiento en la práctica de la unidad de domicilio de la sociedad conyugal, impidiendo que ningún hombre casado pudiera pasar a Indias ni menos vivir en ellas, dejando abandonada en España a su mujer. Y aún cuando el principio que en todas estas disposiciones se declaraba no tuviese realmente, como ya se ha dicho, ningún valor doctrinal propio, merece, sin embargo, que se le estudie con alguna detención, puesto que fué uno de los problemas políticos que más intensamente preocupó a los legisladores de aquellos tiempos, según acreditan los numerosos testimonios que a este respecto se encuentran.

[53] Las citas referentes a todos estos testimonios históricos, pueden verse en mi citado estudio *El derecho de familia...,* p. 173 y ss.

En la Recopilación de Indias de 1680 hubo de consagrarse todo un título, el tercero del libro séptimo, a ratificar la observancia de este principio, cuyo epígrafe general decía así: "De los casados y desposados en España e Indias que están ausentes de sus mujeres y esposas.—Ley primera: "Que los casados o desposados en estos Reinos sean remitidos con sus bienes y las Justicias lo ejecuten.—Ley II: Que no se den licencias ni prorrogaciones de tiempo a los casados en estos reinos si no fueren casos muy raros.—Ley III: Que pone la forma en que los casados en España serán enviados —dando a este efecto medidas muy rigurosas.—Ley IV: Que los enviados por casados y mercaderes que tienen término limitado, no se queden en el viaje.—Ley V: Que los casados en España, no se excusen de ser enviados por Oficiales de Cruzada.—Ley VI: Que los enviados por casados del Perú no sean sueltos en Tierra Firme.—Ley VII: Que a ningunos casados en las Indias se dé licencia para venir a estos Reinos sin fianza para responder de que la ausencia no será por más del tiempo señalado.—Ley VIII: Que los que estuvieren ausentes de sus mujeres en las Indias, vayan a hacer vida con ellas.—Ley IX: Que sobre verificar —la comprobación de los que no son casados en estos Reinos— por alegar haber enviudado, se proceda conforme al derecho."

A más de éstas, se encuentran esparcidas por todo el texto de la Recopilación otras leyes de fechas diferentes, que se referían también al mismo objeto. Tales son: Ley XIV, tít. VII, lib. I: Que los Prelados se informen de los españoles que haya allí casados o desposados en estos Reinos y avisen a los Virreyes, Presidentes, Audiencias y Gobernadores, para que los hagan embarcar.—Ley LX, tít. III, lib. III: Que los Virreyes no den decretos en perjuicio de la cosa juzgada ni prorroguen el término para que los casados en estos Reinos se vengan.—Ley CIII, tít. XV, lib. IX: Que los Generales traigan a los casados en estos Reinos y den cuenta en la Casa.—Ley XV, tít. VII, lib. VII: Que los Oidores, no suelten ni den esperas a los casados presos por ausencia de sus mujeres. Ley XXXIII, tít. XVIII, lib. II: Los fiscales procuren se ejecute lo

dispuesto contra casados en estos Reinos que residieren en las Indias.

Finalmente, aun después de la promulgación de la Recopilación de Leyes de Indias de 1680, hubieron de hacerse necesarias nuevas y terminantes ratificaciones, según atestiguan las Reales Cédulas de 12 de agosto de 1693, 23 de septiembre de 1799, 7 de octubre de 1750 y 18 del mismo mes y año; siendo también un detalle muy significativo del empeño especial que el legislador puso en que la unidad de domicilio conyugal no se quebrantase, el hecho de que en algunas Ordenanzas de las Audiencias figure una declaración especial de este principio.

Hasta aquí nos hemos limitado a reseñar, sin penetrar en sus matices, el núcleo más importante de estas disposiciones, para dar de este modo una visión de conjunto de la cantidad grande de preceptos legislativos que sobre esta materia hubo de promulgarse. Vamos ahora a desglosar, estudiándolas brevemente, cada una de las particularidades dignas de interés que en estas disposiciones se encerraban.

La primera actitud del Legislador frente al hecho de los muchos casados que vivían en Indias con abandono completo de sus mujeres residentes en España fué, como hemos visto, la de corregir estos abusos, ordenando que dentro de un plazo preciso fuesen aquéllos conminados para que recogiesen y llevasen consigo a sus mujeres. Estas medidas se completaron con la prohibición general de que ningún casado pudiera pasar a Indias, de no ir acompañado de su mujer, aun cuando fuera allá para desempeñar un cargo determinado. Así lo preceptuaba terminantemente la Ley XXVIII, tít. xxvi, lib. x de la Recopilación de 1680, al disponer: "Declaramos por personas prohibidas para embarcarse y pasar a las Indias, todos los casados y desposados en estos Reinos, si no llevaren consigo a sus mujeres, aunque sean Virreyes, Oidores, Gobernadores, o nos fueren a servir en cualquier cargo y oficios de Guerra, Justicia y Hacienda, porque es nuestra voluntad que todos los susodichos lleven a sus mujeres: y asimismo concu-

rra la calidad de llevar licencia nuestra para sus personas, mujeres y criados."

No sólo se prohibía a los casados el pase de España a Indias sin llevar consigo a sus mujeres, sino que para trasladarse de un sitio a otro dentro de los distritos coloniales, necesitaban cumplir también con aquel requisito inexcusable. Así, en una Real Cédula que luego fué la Ley XXX, tít. XLV, lib. IX de la Recopilación de 1680, se ordenó: "Que no pase de Nueva España a Filipinas hombre casado sin su mujer, o con licencia y fianza."

Una idea del rigor con que se persiguió el cumplimiento de estas leyes, la da una Real Cédula de 30 de septiembre de 1688, por la que se concedía indulto general a todos los españoles "que habitaren en las Indias sin licencias, exceptuando los que fueren casados en España"; y también el hecho de que se crease un Juzgado especial para conocer de esta clase de delitos. Sin embargo, a pesar de todas estas disposiciones de la ley, los fraudes se repitieron con frecuencia, cometiéndolos ya personas solteras, que se fingían casados para llevar así consigo a sus concubinas; ya otros realmente casados, pero que en lugar de hacerse acompañar de sus mujeres hacían pasar por éstas a sus amantes. Estos abusos motivaron una Real Cédula de 1546, que fué recogida en las Ordenanzas de Encinas (tomo I, pág. 497), y más tarde en la Ley XXVI, tít. XXVI, lib. IX de la Recopilación de 1680, en la cual, a este efecto, se mandaba: "Cuando algunos hombres casados quisieren pasar a las Indias y llevar a sus mujeres, el Presidente y Jueces de la Casa sepan si son casados y velados a la ley y bendición como lo manda la Santa Madre Iglesia, y reciban la información hecha en sus residencias, y constando que son los contenidos, los dejen y consientan pasar conforme a las licencias que llevaren y no en otra forma."

A pesar del rigor con que hemos visto se mantuvo en la ley el principio de que ningún casado pudiera pasar a Indias sin ir acompañado de su mujer, se registran en nuestra Legislación algunas excepciones al cumplimiento general de este precepto, siquiera en ellas no se atacara la sustantividad de la doctrina, pues

fueron sólo por un período de tiempo determinado y exigiendo garantías suficientes de que la separación conyugal había de concluir al expirar el plazo señalado. Así, en una Real Cédula de 13 de octubre de 1554, se consentía en que pudieran pasar a Indias los casados sin llevar consigo a sus mujeres, siempre que prestasen fianza bastante de que su ausencia había de ser sólo por dos años, y estableciendo la pena de prisión para en el caso de que incumplieran su promesa.

En otra Real Cédula, de 12 de noviembre de 1611, se ve que para conceder estos permisos se hacía necesario, además de los requisitos señalados en la anterior, que precediese la previa licencia de la mujer; y finalmente, en otra disposición de 19 de noviembre de 1618, mandaba el Rey a la Audiencia de Nueva España que para conceder esta clase de licencia a los casados, debían enterarse antes de las causas por las que lo solicitasen, así como de su edad, la de sus mujeres, hijos que tuvieren y medios de sustentación que les quedasen durante la ausencia, poniendo especial cuidado en registrar la fecha y demás circunstancias del permiso para ejecutar en todo caso lo que en justicia procediere.

Respecto a los mercaderes casados que tuvieran sus negocios en Indias, hubieron de ser mayores las concesiones que se establecieron, aunque sin alterar tampoco la esencia del principio general apuntado. En una Real Cédula de 16 de julio de 1550, que luego fué recogida en la Ley XXIX, tít. XXVI, lib. IX de la Recopilación de 1680, se disponía literalmente: "Concedemos facultad a los mercaderes casados que pasaren a las Indias, para que por tiempo de tres años que corran y se cuenten desde el día de la data de la licencia que han de llevar del Presidente y Jueces de la Casa de Sevilla, puedan ir a aquellos Reinos y volver a sus casas, y en la licencia se ha de expresar que, sin embargo de ser casados, se les da por tres años para ir, estar y volver, y que los Jueces y Justicia no los extrañen e inquieten en virtud de las órdenes generales dadas sobre que los casados vengan o envíen por sus mujeres, y cumpliendo el término de los treinta y dos meses de los años que llevaren de licencia, los compelan las Justicias que luego,

en la primera ocasión, se embarquen y vengan a estos Reinos, y no lo cumpliendo los prendan y envíen presos. Y mandamos al Presidente y Jueces de la Casa que dé esta licencia a los mercaderes casados, por el dicho término, y tengan libro aparte en que las asienten; pero si dijeren los mercaderes casados que quieren vivir y permanecer en las Indias, y llevar a sus mujeres, y dieren fianzas de llevarlas dentro de dos años, las Justicias de las Indias los dejen estar con que las fianzas sean de la cuarta parte de sus bienes y excedan de mil ducados. Y si luego que sean pasados los dichos treinta y dos meses no afinzaren los compelan a venirse. Y asímismo mandamos que de los términos asignados por esta nuestra ley no se dé prorrogación."

Sin embargo, como al amparo de los privilegios concedidos en esta ley hubieron de cometerse grandes fraudes, se estableció por otra que fué recogida en el número xxx, tít. xxvi, del libro ix: "Que habiendo venido los mercaderes con sus mujeres no vuelvan sin ellas, y con los enviados por casados se guarde lo mismo."

El Licenciado Juan de Matienzo, en su libro *Gobierno del Perú,* recogiendo el espíritu de todas estas leyes en el capítulo iv de su obra, que trata: "De la Audiencia de las Charcas y cuanto conviene que resida en la Ciudad de la Plata, y de las Ordenanzas para ella hechas y que conviene que se añadan", dedica un artículo, el 82, para disponer: "Que los casados vengan con sus mujeres"; y más adelante, ocupándose "de la Audiencia de los Reyes y de su Distrito y Gobierno", consagra también todo el capítulo xxx a regular la misma materia, con lo que demuestra claramente el interés que esta cuestión vino inspirando en todo tiempo a nuestros tratadistas y legisladores.

Mayor extensión le concede Juan de Solórzano en su célebre *Política Indiana,* aunque limitándose a reproducir, con breves comentarios exentos de interés, la doctrina legal promulgada hasta entonces. Sin embargo, estudiando las Reales Cédulas arriba reseñadas, en virtud de las cuales se exigía como indispensable para que los casados pudieran pasar a Indias el que llevasen consigo a sus mujeres, se plantea una cuestión realmente interesante al

preguntarse si en todo caso venían las mujeres obligadas a seguir a sus maridos; cuestión que resuelve recogiendo la doctrina sentada por Santo Tomás y por Fray Juan Bautista y Fernando Zurita, diciendo: "Que la mujer que es invitada por su marido a ir a Indias debe seguirle; pero esto es un precepto, no una imposición, y por eso si ella pretexta miedo al mar debe ser respetada."

También en los matrimonios de los indios, se persiguió con mucho empeño por parte del legislador el que no se quebrantase en ningún caso la unidad del domicilio conyugal, reprimiendo en este sentido los abusos que se venían cometiendo por parte de los españoles encomenderos. Ya en unas Ordenanzas para el buen tratamiento de los indios, hechas en 4 de diciembre de 1528, se mandaba en su capítulo III que los encomenderos no retuvieran a las indias de su repartimiento separadas de sus maridos e hijos, aun cuando las propias interesadas declarasen que lo hacían voluntariamente y se les pagase al efecto.

Tampoco podía ninguna persona..... "sacar india —de su reducción o estancia— si no fuere con su marido....." y sobre el servicio de las indias casadas y solteras en casas de españoles, se estableció por Real Cédula de Felipe III que: "ninguna india casada puede concertarse para servir en casa de español, ni a ésto sea apremiada si no sirviere su marido en la misma casa, ni tampoco las solteras queriéndose estar y residir en los pueblos, y la que tuviere padre o madre no pueda concertarse sin su voluntad".

Respecto al domicilio de los hijos de los indios, se ordenó que los habidos por mujeres casadas "se tengan y reputen por del marido y no se pueda admitir probanza en contrario, y como hijo de tal indio hayan de seguir el pueblo del padre, aunque se diga que son hijos de español, y los de indias solteras sigan el de la madre", añadiéndose en una Cédula dictada por Felipe II en 1628 "que los indios no se dividan de sus padres".

Las mujeres indias casadas se tenían por "del pueblo de su marido"; pero si enviudaban podían recobrar el de su origen llevando consigo a sus hijos; así lo disponía una Real Cédula de 10 de octubre de 1618.

Debiendo advertir que, a pesar del contenido de esta Cédula, según testimonio de Solórzano, "en el Perú por Ordenanza del Virrey Don Francisco de Toledo, y en casi todas las demás provincias de las Indias por costumbre, el indio que se case con india de otro pueblo, repartimiento o encomienda, sigue el municipio o encomienda de la mujer"; añadiendo que "en apoyo de esta Ordenanza y costumbre se puede ponderar una Ley nuestra recopilada —III, tít. III, lib. VI Recop. de Cast.—, con lo que cerca de ella apunta su glosador Acevedo, que dispone que el Vasallo Solariego por casamiento sale con sus bienes de aquel derecho y se puede mudar a la tierra donde se casa. Si bien regularmente tiene dispuesto lo contrario el derecho, y las mujeres siguen de ordinario el fuero y domicilio de sus maridos".[54]

El problema de legitimar la condición jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio, así como el de proteger las personas y los bienes de los huérfanos menores de edad, tuvo también manifestaciones acusadas en las llamadas Leyes de Indias, para hacer frente a situaciones nuevas que no podían regirse por el derecho castellano peninsular o para corregir abusos cometidos al amparo de la impunidad que proporcionaba la distancia.

Podemos citar con respecto a legitimaciones, en primer término, una Real Cédula de 10 de abril de 1625, que luego fué recogida en la Ley CXX, tít. XV, lib. II de la Recopilación de 1680, en la cual, restableciendo la jurisdicción competente para otorgar toda clase de legitimaciones a los hijos habidos fuera del matrimonio, ante los excesos cometidos por los Virreyes, Gobernadores y otras autoridades de las Indias, se ordenaba: "Que los Virreyes, Audiencias y Gobernadores no puedan dar legitimaciones, y las que se pidiesen se remitan al Consejo", bajo la pena de que las así concedidas se tuvieran por nulas, declarando incapacitados a los pretendientes para obtenerlas en adelante y residenciando por estos abusos a las autoridades contraventoras.

[54] También sobre esta materia pueden consultarse las citas legales hechas en mi estudio *El derecho de familia...*, p. 183 y ss.

También pueden ser incluídas en este grupo gran número de Reales Cédulas que se encuentran en las Colecciones de documentos que hemos podido examinar, concediendo las legitimaciones solicitadas a hijos nacidos de padres que al tiempo de la concepción y del alumbramiento de la madre podían contraer matrimonio, entre ellas una para los hijos de Inga, Don Cristóbal Baca Tupa, y, muy singularmente, otra de 16 de marzo de 1766, en la cual, contra todas las leyes vigentes sobre la materia, se legitima a los hijos de Don Salvador de Bayamo, a pesar de "haber sido procreados de padre Ordenado in Sacris, siendo su madre casada", mediante una composición de 20 reales.[55]

En cuanto a menores y tutelas, la disposición más interesante que se encuentra en nuestra legislación de Indias es una Real Cédula de 1544 contenida en las Ordenanzas de Encinas, por la cual se disponía "que no se discierna tutela ni curatela de ningún menor en que intervenga hacienda sin averse assentado por el escrivano del ayuntamiento la razon de la tal tutela en el libro que ha de tener"; cuyo principio hubo de ser ratificado por Cédulas de 1581 y 1586 e incorporado más tarde a la Ley VI, tít. VIII, lib. V de la Recopilación de 1680, ordenando "que el Escribano de Cabildo tenga libro en que asiente las tutelas y fianzas". Sin embargo, a pesar de todas estas medidas de precaución adoptadas por la ley, debieron ser muy frecuentes en Indias los fraudes de que los menores se veían objeto, pues se encuentra en nuestra legislación un núcleo relativamente numeroso de disposiciones encaminadas a corregir estos desmanes. Así, en una Real Cédula de 20 de marzo de 1525, "noticioso el Rey de los muchos fraudes que los menores de la Isla Española recivian de sus tutores, por aprovecharse de sus bienes, y no dar la cuenta anual a que eran

[55] Véase el *Diccionario de gobierno y legislación de Indias*, de D. Mannuel Josef de AYALA, que se conserva manuscrito en el Archivo Histórico Nacional de Madrid. Palabra: legitimación. Sobre el carácter de este *Diccionario*, puede consultarse mi estudio "D. Manuel Josef de Ayala y la Historia de la Legislación de Indias", publicado en *The Hispanic-American Historical Review*, 1920.

obligados, mandó a la Audiencia de Santo Domingo, tomasse en adelante razón de dichas haciendas y las que despues de muertos los menores se hallaren en poder de los tutores, se entregasen al Depositario de bienes de difuntos, para que segun la orden que le estaba dada, los remitiese a la Casa de Contratación de Sevilla".

Y posteriormente, en 31 de octubre de 1543, "informado el Príncipe que para la buena administración de los bienes que quedasen a éstos convendría nombrar personas de satisfacción con competente salario, que anualmente tomasen cuenta a los tutores de lo que hubiesen granjeado; comprando hacienda con ello a beneficio de los menores, y, de no hallar en ellas el recaudo conveniente, se le quitase la tutela y encargase a otros", mandó al Virrey de Nueva España proveyese "lo que le pareciese más conveniente al bien de dichos menores y población de aquella tierra, cuidando especialmente de que las costas que se hubiesen de hacer de sus bienes fuesen moderadas, y avisase el recaudo que había habido hasta entonces y el que hubiese en lo sucesivo".

También en otra Real Cédula de 18 de febrero de 1555 se hablaba de los muchos huérfanos de españoles y mestizos que se encontraban en Indias en completo abandono, sumidos en la miseria; y para evitarlo ordenaba el Rey que se les proveyese de tutores para sus personas y haciendas, poniendo en oficio a los varones y en servicio o en Colegios y Casas de recogida a las doncellas, según consintieran sus respectivos patrimonios, y dando en general licencia para que los que quisiesen regresar a España pudieran hacerlo.

Respecto a las fianzas que debían prestarse al tiempo de discernirse las tutelas, hubo de dictarse una Real Cédula en 9 de junio de 1697, cuyo contenido literal era el siguiente, según el testimonio que de la misma hemos encontrado en el *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias* que se guarda en el Archivo Histórico Nacional de Madrid: "Hecho presente el Ayuntamiento de Panamá el perjuicio que ocasionaba a los menores el que los Escribanos de Provincia se entrometiesen a discernir tutelas contra la privativa facultad que les conceden las Leyes a los Públicos

y Justicias Ordinarias, porque admitiéndose las que se dan por los Jueces de Provincia, si éstos son promovidos a otras Audiencias son muchas las quiebras de los fiadores y los pupilos pierden sus herencias, lo que no sucedía en las tutelas que discernía la Justicia Ordinaria, por quedar los Alcaldes que las recibían a su satisfaccion; comoquiera que los Escribanos de Provincia tengan jurisdicción y competencia para otorgar cualesquiera Instrumentos, mandó su Majestad se observase la práctica hasta entonces habida; pero con calidad de que las fianzas que se tomaren por los Escribanos de Provincias corriesen por su cuenta y riesgo en cuanto a la seguridad, y que el que las recibiese sea Propietario del Oficio, o al menos tenga la tercera parte de su valor en él, con cuya prevención se ocurría a los daños referidos."

Sobre incapacidad para el cargo de tutor, solamente hemos encontrado en nuestra investigación una Real Cédula, fechada en 7 de mayo de 1548, que merezca el ser reproducida. Se disponía en ella que se guardasen "las leyes del Reino sobre que no sean proveídos los padrastros por curadores de sus Entenadas", y fué motivada, según lo atestigua su propio texto, por los muchos abusos que en este sentido venían ocurriendo, en menoscabo absoluto de todos los preceptos legales entonces vigentes.

Según una Real Cédula de 9 de octubre de 1637, no debían los Virreyes conceder habilitaciones de edad "a los menores de 18 ó 20 años, por seguirse el perjuicio de que por la poca edad o ninguna experiencia gastan con facilidad sus legítimas y después se hallan perdidos", añadiendo que "cuando se solicitaren semejantes gracias deberán remitir al Consejo las instancias con las correspondientes Informaciones para en su vista proveer a lo conveniente".

Finalmente, para terminar con este grupo de disposiciones, debemos citar una Cédula dictada por Felipe II, en 10 de noviembre de 1578, y recogida más tarde en la Ley VII, tít. IX, lib. VI de la Recopilación de 1680, sobre los menores poseedores de encomiendas, en la cual se establecía "que el tutor o curador pueda nombrar escudero por el menor de 25 años", disposición que se

•

refería a la obligación que tenían los encomenderos de residir en el lugar de su encomienda o de nombrar un escudero que debidamente les representase cuando poseían encomiendas en sitios distintos, y que fué motivada porque los Virreyes se entrometían abusivamente en hacer estos nombramientos, señalando fuertes salarios a los favorecidos, con lo que quedaban perjudicados los intereses del menor.[56]

El cuadro de las instituciones más representativas del derecho indiano referentes a la regulación jurídica de la familia, puede cerrarse con las leyes que específicamente se dictaron para el funcionamiento en estos territorios de la institución de los mayorazgos.

Ya entre los privilegios concedidos a los pobladores de Indias en las Ordenanzas de nuevo descubrimiento y población promulgadas por Felipe II en 1573 figuró el de que "el poblador principal" pudiera instituir mayorazgo de todos los bienes y haciendas que en la nueva población adquiriere.

En una Real Cédula de 27 de marzo de 1631 declaraba Su Majestad a este respecto que "aunque estaba reservado a su Real persona conceder las legitimaciones y licencias para fundarlos y dar título de Villas o Ciudades a los lugares que lo pretenden, si permitiese pudiesen hacer esto los Virreyes y Gobernadores de Indias cada uno en su distrito, le servirían con gruesas cantidades de dinero, así por la merced que se les hacía como por excusar los gastos de venir o enviarla a pedir al Consejo", y en su virtud, "se mandó al Virrey del Perú hiciese publicar lo referido en su distrito, y de los que acudiesen ante él recibieren los memoriales de sus pretensiones y en su vista concertase con cada uno la cantidad con que hubiese de servir por la merced que pretendiese, y sin resolver nada lo remitiese a dicho Consejo, donde se resolvería lo conveniente". Disposición que se hizo extensiva al Virrey de Nueva España por otra Cédula Real de 28 de marzo de 1652.

[56] *Diccionario* citado: menores, españoles, fianzas y escribanos.

Posteriormente, con fecha 22 de junio de 1695, se facultó a las Audiencias de Indias para que pudiesen autorizar el que los dueños de Mayorazgos vendieran o acensuasen "bienes vinculados", aun cuando advirtiendo que únicamente podrían ser gravados aquellos que fueran necesarios "para atender a la reposición de las Casas y Haciendas que hubiesen padecido ruina, y justificando antes no tener otros bienes con qué repararlas y con la calidad de que la cantidad que por ello se diese, bien por venta, bien a censo, se depositase antes de perfeccionar el contrato para que se subrogase en otra finca y el vínculo no padeciese detrimento; haciendo extensiva esta regalía a las demás audiencias".[57]

Con anterioridad a estas disposiciones se había ordenado por Real Cédula de 21 de abril de 1585[58] que "siempre que algún vecino de Indias quisiere ocurrir a sacar facultad Real para instituir Mayorazgo de los bienes y hazienda que tuviere" había de acompañar testimonio de una información previa practicada en la Audiencia de su distrito, en la cual se acreditase la certeza de la hacienda, calidad y valor de los bienes que la constituyeren y el número de hijos que tuviese el solicitante, junto con el parecer de la Audiencia sobre la conveniencia o no de la fundación.

Finalmente —y con esto dejamos reseñado todo el grupo más interesante de disposiciones encontradas sobre la materia—, podemos recoger aquí una última Real Cédula, dictada en 8 de septiembre de 1796, por la cual se exigió un quince por ciento sobre todos los bienes destinados "a vinculaciones de Mayorazgos, aunque sea por vía de agregación o mejora de tercio y quinto", con el fin de aumentar el fondo de los Vales Reales.[59]

B. La condición jurídica de la mujer

El primer problema que a este respecto hubo de plantearse fué el de determinar la capacidad o incapacidad de la mujer es-

[57] *Diccionario* citado: Mayorazgos.

[58] Ley XXIX, tít. XXXIII, lib. II, de la Recopilación de 1680.

[59] Archivo General de Indias (Sevilla). Registros: 139-7-6, t. II, año 1796, número 9.

pañola de la Metrópoli para poder pasar a los nuevos territorios descubiertos; y fácilmente se advierte que la doctrina que hubo de prevalecer sobre esta cuestión sólo puede comprenderse históricamente teniendo a la vista, en sus líneas generales, cuál era la capacidad jurídica de la mujer española al tiempo de producirse el descubrimiento de América.

Es sabido que, en el derecho español de entonces, sólo en situaciones de hecho excepcionales se reconocía a la mujer una plena capacidad civil; el orden jurídico familiar absorbía de tal modo la personalidad de la mujer, que únicamente en circunstancias muy calificadas podía aquélla destacar su individualidad con una plena soberanía de sus actos. La cosa es tan conocida que no es necesaria una particular aportación documental para corroborarla. Vivía la mujer soltera sometida siempre a la autoridad paternal o a una tutela desempeñada por el mayor de sus hermanos varones o por el más próximo de sus otros parientes. El matrimonio, única causa de emancipación familiar, la libertaba de estas estrechas redes, pero la hacía caer dentro de la órbita de un nuevo poder tan acusado como el primero. Sólo el estado de viudez permitía a la mujer gozar de su plena capacidad civil.

Se comprende, por tanto, que en un estado semejante de cosas, no podía plantearse el problema de la capacidad para pasar a Indias más que con respecto a aquellas mujeres que no estuvieren sometidas a la patria potestad, al régimen tutelar o a la autoridad marital, ya que con respecto a éstas la cuestión quedaba reducida a la obtención de la correspondiente licencia familiar que habían de conseguir sus respectivos padres, tutores o maridos. En efecto, se observa en nuestra Legislación de Indias, desde el primer momento, que no se pone ninguna dificultad a los cabezas de familia que hubieran de partir con rumbo a los territorios de ultramar para llevar consigo sus hijas, pupilas o esposas; es más, con respecto a las mujeres casadas, no sólo se permite que pasen a Indias acompañando a sus maridos, sino que de una manera reiterada se dispuso en toda ocasión, según

ya hemos visto, que ningún hombre casado pudiera pasar a aquellos territorios sin ir acompañado de su mujer.

Queda así circunscrita la cuestión a las mujeres viudas y a las solteras que no fueran acompañadas de sus padres o tutores; y a este respecto interesa reseñar, en primer término, una Real Cédula expedida por Fernando el Católico el 18 de mayo de 1511, explicando y ampliando las Ordenanzas de la Casa de Contratación de Sevilla, en la cual, al hablar de las personas que tenían prohibición de pasar a Indias, se decía: "que en cuanto a las mujeres solteras, sobre lo que se habían ofrecido dudas a los Oficiales vista su condición, provean lo que estimen más provechoso".

No se contiene en esta Cédula Real ninguna declaración precisa y terminante; pero claramente se ve, con sólo lo expuesto, que el sexo, por sí, no originaba ninguna incapacidad especial. Y que ésta fué la doctrina que hubo de prevalecer al cabo, lo atestiguan una carta Real de 1554, en la cual se mandaba a los oficiales de la Casa de Contratación de Sevilla que "sean obligadas las mujeres a dar información de su limpieça como los hombres y que no dexen passar a ninguna sin licencia expresa", y otras disposiciones reales de 1539 y 1575, incorporadas a la Recopilación de 1680, donde se ordenaba "que no passen mugeres solteras sin licencia del Rey", pues los requisitos que aquí se exigían eran formalidades comunes a hombres y mujeres.

En ocasiones, por motivos de índole política, en su afán los monarcas de fomentar la población de determinados territorios, se llegó a ordenar que se permitiera en ellos la entrada de mujeres sin exigirles la presentación de la licencia. Así consta que ocurrió con respecto al Perú, haciéndose más tarde extensiva esta disposición a las ciudades de Nombre de Dios y Panamá.

Al lado de estas normas generales, se registran también en nuestra Legislación de Indias algunas disposiciones de excepción, en las cuales se prohibía el pase a los territorios coloniales de determinadas mujeres por razones particularísimas. Así vemos que en dos Reales Cédulas de 11 de abril de 1660 y 22 de noviembre de 1662, recogidas más tarde en la Recopilación de 1680, se dis-

ponía que las hijas y nueras de los Virreyes de Nueva España y Perú no podían acompañar a sus padres en su viaje a Indias ni residir allí con ellos. También se prohibía el pase a Indias a las mujeres de vida airada y a las mujeres, hijas y criadas de los gitanos. Con respecto a las mujeres extranjeras, no sólo se las declaraba incapaces para pasar a Indias, sino que se llegó a ordenar en una Real Cédula de 13 de enero de 1506 que no fuesen admitidas a *composición;* es decir, que las que, burlando la ley, hubieran conseguido llegar a cualquiera de los territorios coloniales, debían ser expulsadas por las autoridades, sin que pudieran legitimar su situación —como estaba permitido a otras personas, incapacitadas también— mediante el pago de una cantidad, que oscilaba según las circunstancias.[60]

En la esfera jurídica del derecho de obligaciones, no se registran en la Legislación de Indias preceptos específicos que regulen de una manera amplia y sistematizada la capacidad jurídica de la mujer. Se han de suponer vigentes, por tanto, los mismos principios del derecho peninsular, con la sola salvedad de algunas normas restrictivas de la capacidad para contratar impuestas a las mujeres de determinados funcionarios públicos y otras reguladoras del contrato de arrendamiento de servicios, encaminadas a proteger a las mujeres de raza india.

No podían tratar ni contratar en los territorios coloniales, por razón del cargo desempeñado por sus maridos, las mujeres de los ministros y las de los Oficiales de la Real Hacienda. También se prohibía a las mujeres de los Ministros que interviniesen en "negocios suyos ni ajenos", que escribiesen "cartas de ruegos ni intercesiones" y que sirvieran o "dejaran acompañar por negociantes"; y a las de los Presidentes y Oidores, que hicieran "partido con Abogados ni Receptores", o recibieran dádivas. Los

[60] Las citas históricas contenidas en estos pasajes, pueden consultarse en mi estudio "El sexo como circunstancia modificativa de la capacidad jurídica en la legislación de Indias", publicado en mi libro citado *Instituciones sociales de la América española...*, p. 205 y ss.

juegos de envite y azar "de cualquier cantidad que sea", estaban también vedados a las esposas de estos altos funcionarios.

Un interés mayor tienen las disposiciones reguladoras del contrato de arrendamiento de servicios, dictadas, como hemos dicho, con un carácter tutelar para las mujeres indias. En los primeros tiempos del descubrimiento y conquista de América, mientras imperaron las encomiendas de indios establecidas sobre la base de prestación de servicios personales por parte de los indios encomendados en favor de su encomenderos, vivieron las mujeres de raza india, al igual que los varones, sujetas a un régimen de trabajos forzados que presentaba todos los caracteres de una verdadera servidumbre. Pero bien pronto los abusos extremados que en este orden de cosas hubieron de cometerse, motivaron enérgicas condenaciones de algunos espíritus generosos, que encontraron un eco cordial en las altas esferas. Fijándonos exclusivamente en lo relativo al régimen de trabajo de la mujer, hemos de recoger aquí, en primer término, unas interesantes *Instrucciones* hechas por el Padre Las Casas en colaboración con Palacios Rubios y por encargo de Cisneros, para que sirvieran de norma a la comisión de los Jerónimos enviada a la Isla Española para corregir los abusos denunciados, en la cual se establecía que las mujeres de los indígenas sometidos no habían de ser obligadas a trabajar en las minas, ni a amasar el pan, ni a ejercer, en general, ninguna clase de trabajo tenido por excesivamente rudo o penoso.

En otras Instrucciones de 1518, se volvió a ordenar que las mujeres indias estuvieran exentas del trabajo en las minas. Fué ésta una declaración que se repitió en multitud de ocasiones, porque múltiples hubieron de ser también los abusos que en este orden de cosas se cometieron por parte de los patronos mineros. Todavía la Recopilación de 1680, al regular el servicio de la *mita,* hubo de insistir en que no estaban sujetas a este género de trabajo las mujeres y las hijas de los indios *mitayos,* aunque admitía que, "caso que libremente quisieran ayudar", pudieran hacerlo, pagándoseles el salario "que fuera justo".

Pedro de Valdivia, el heroico conquistador de Chile, hubo de prohibir expresamente que se obligara a las mujeres *mapuches* a transportar cargas de un sitio a otro. En las *misiones* de los Jesuítas establecidas en el Paraguay, si bien se empleaba a las mujeres indias en el cultivo de los algodoneros, se consideraban exceptuadas de esta fatigosa labor "las embarazadas, las que criaban y otras legítimamente impedidas de salir al campo". Cuando el jesuíta Torres declaró abolido el servicio personal de los indios en el colegio de Chile, hubo de establecer, entre otras cláusulas, la siguiente: "Las mujeres no servirán de cosa alguna, y si se ofreciere alguna urgente necesidad de ayudar a desyerbar o cosa semejante, se les dará de comer y se les pagará conforme hubieren trabajado." En el año de 1609 decretó también la Real Audiencia de Santiago de Chile que las mujeres indias estaban exentas del servicio personal obligatorio, añadiendo que las que voluntariamente quisieran trabajar lo habrían de hacer "bajo un contrato que no había de durar más de un año" y obteniendo previamente, las que fueran casadas, el consentimiento de sus maridos. En la *tasa* que para los repartimientos de Chile hubo de establecer Esquilache en marzo de 1620, se disponía igualmente que las mujeres y los niños no habían de estar obligados al trabajo "y en el caso de que quisieren servir voluntariamente deberían ser remunerados".

Todas estas normas, tan dispersas, se recogen, fundamentalmente, con un cierto sentido de sistematización, en la Recopilación de 1680. Ya hemos visto cómo en este cuerpo legal, al tratar del servicio de la *mita,* se eximía de esta carga a las mujeres. También se las relevó del trabajo en las *estancias* en la Ley IX, tít. XIII, lib. VI; en otra ley de este mismo libro —la LVII del tít. XVI—, al declarar "la paga que se ha de dar a los indios de las ciudades, según su edad", se establecía que se abonase "a las indias mayores de 18 años 16 pesos por cada un año, y a los indios mayores de 12 años y menores de 18 y a las muchachas de esta misma edad, 12 pesos al año, y a los niños y niñas menores de esta edad,

vestido cada año". Se ha de entender que estos salarios habían de regir sólo para los servicios domésticos.

No sólo se preocupó el legislador de fijar la tasa de los salarios a percibir por las mujeres indias dedicadas al servicio doméstico, sino que, para dejar bien establecido el carácter voluntario que este contrato de arrendamiento de servicios debía tener y para corregir los frecuentes abusos que seguían cometiéndose, se insistió en que tales contratos no pudieran otorgarse por un plazo mayor de un año. Además, con respecto a las indias casadas, se ordenó que no pudieran concertarse para servir en casa de español si no servían con sus maridos en la misma casa; y con respecto a las solteras, que no fueran obligadas a servir si preferían "estar y residir en sus pueblos"; que "la que tuviere padre o madre no pueda concertarse sin su voluntad"; y que la que se casase estando sirviendo había de cumplir "el tiempo del concierto en la misma casa", y allí había de ir a dormir su marido.

Por último, para corregir un nuevo exceso que desde antiguo venía cometiéndose, se dispuso también en la Ley XV, tít. XVI, libro VI de la referida Recopilación, que las indias no fueran encerradas para que hilen y tejan "lo que sus maridos hubieren de tributar".[61]

Al abordar el problema de la libertad o esclavitud de los indios sometidos y con referencia concreta a la condición jurídica de la mujer, la posición de los hombres de gobierno de España fué, desde el primer momento, decidida y terminante. Las mujeres de las distintas razas indias debían ser consideradas como seres libres, sin que se admitiera ninguna causa como bastante para hacerlas perder, jurídicamente, su estado de libertad. No constituía este principio ningún privilegio especial de la mujer otorgado por razón de su sexo, puesto que también los indios varones eran tenidos en nuestra legislación como hombres libres, vasallos de la Corona de Castilla y equiparados en lo fundamental a los

[61] Véase mi citado estudio *El sexo como circunstancia modificativa...* p. 209 y ss.

restantes súbditos de los monarcas castellanos; pero así como con respecto a los indios varones se permitió en circunstancias excepcionales que pudieran ser sometidos a esclavitud para castigar las crueldades extremadas de algunas tribus contumaces en la rebeldía, las hembras ni aun en estos casos de excepción podían ser hechas esclavas. Así se declaraba, entre otras muchas, en Reales Cédulas de 1553, 1563 y 1676, al advertir que "las mujeres, sin embargo de ser apresadas en guerra, gozasen de libertad"; y este mismo criterio hubo de mantenerse en la Ley XIII, tít. II, lib. VI de la Recopilación de 1680, donde, hablando de los indios caribes que hacían la guerra a los españoles, se permitía que fueran hechos esclavos con la sola excepción de los "menores de 14 años *ni mujeres* de cualquier edad".

Vemos, pues, que en punto a la doctrina jurídica imperante en este orden de cosas, mantuvieron los legisladores un criterio firme y seguro, sin dudas ni vacilaciones. Pero al lado de tan repetidas declaraciones de la ley, se registran en las fuentes históricas coloniales, numerosos testimonios que permiten asegurar que *el hecho* no se correspondió siempre con *el derecho*. Aquí, como en otras esferas de la vida jurídica, las aspiraciones de las minorías gobernantes no lograron imponerse a la fuerza de los intetereses creados ni vencer las apremiantes exigencias de la realidad.[62]

También en punto al "tributo" indiano, hubo de plantearse la cuestión de si esta carga fiscal debía pesar o no sobre las mujeres.

La doctrina jurídica imperante a este respecto no se presenta con caracteres de uniformidad en los distintos territorios. Ignoramos las razones de esta diversidad que se observa entre unas y otras comarcas, pero no puede dudarse de su existencia, porque es un hecho que aparece corroborado por testimonios muy valiosos. Juan de Solórzano, el insigne tratadista clásico de nuestro derecho indiano, expone así estas particularidades en su célebre *Política*: "En materia de tributos he visto poner en cuestión si

[62] Véase mi citado estudio *El sexo como circunstancia modificativa...*, p. 214 y ss.

los deben pagar las indias. Y parece que sí, pues son personales y repartidos por cabezas o, como dijimos, de capitación, en los cuales el derecho común igualmente solía gravar a las hembras que a los varones."

"Y así casi en todas las provincias de Nueva España está asentado y aprobado por Cédulas Reales que las mujeres los paguen, salvo que en algunas pagan sólo la mitad de lo que está tasado y mandado que paguen los hombres."

"Pero en el Perú nunca vi ni entendí que a las mujeres se las cargase tributo alguno, teniéndolas por libres y exentas de él, como lo son de los demás cargos, oficios y servicios personales y corporales, por razón de la flaqueza de su sexo, según doctrina de Ulpiano."

En la Recopilación de Leyes de 1680 se recogió una Real Cédula, dictada por Felipe III en 1618, en la cual, de un modo absolutamente general, sin distinción de regiones, se establecía "que las indias de cualquier edad que fueran no debían pagar tasa". Pero esta disposición del legislador no logró desterrar en absoluto antiguas y muy arraigadas costumbres.[63]

No existe en la Legislación de Indias ningún precepto especial en que expresamente se declare la participación que pudiera corresponder a la mujer en los honores y preeminencias concedidos a su esposo por el desempeño de algún elevado cargo público. Debió regir, por tanto, a este respecto, el Derecho de Castilla, y más aún, las prácticas consuetudinarias aceptadas de antiguo. Pero si falta una declaración hecha con carácter general donde previamente se establezcan las normas a seguir sobre esta materia, abundan, por el contrario, las disposiciones reales encaminadas a resolver las frecuentes y enojosas cuestiones de etiqueta que la vanidad de la época planteaba a cada paso y en las cuales tuvieron muchas veces las mujeres participación muy directa y destacada.

La propia Recopilación de 1680 hubo de ocuparse de estas cues-

[63] SOLÓRZANO, ob. cit., lib. II, cap. XX y Ley XIX, tít. XV, lib. VI de la Recop. de 1680.

tiones livianas estableciendo "que habiendo duda sobre ceremonias tocantes a Presidente *o su mujer,* o Ministros, la resuelva con los Oidores y avisen al Consejo"; que en las capillas mayores de las catedrales no hubiera estrados de madera para las *mujeres* de los Presidentes, Oidores, etc., las cuales debían sentarse en "la peana de la capilla mayor, por la parte de afuera", en compañía de otras personas de autoridad, sus familiares y "otras mujeres principales que llevasen consigo, y no indias, negras, ni mulatas", salvo en aquellos sitios donde existiera la costumbre de que estas mujeres de Presidentes, Oidores o Ministros tuvieran sus asientos en la propia capilla mayor, porque entonces debía respetarse esta costumbre, "sin hacer novedad por ahora"; que al inciensar en las Iglesias no se inciensase a *las mujeres* de los Presidentes y Oidores, ni se les diera la Paz, y que por muerte de Virrey o Presidente *o de sus mujeres* no usasen los Oidores y Ministros lobas de luto, ni faltaren a las horas de Audiencia.

Consideración especial requieren, dentro de este orden de cosas, las disposiciones encaminadas a regular el régimen de viudedades y orfandades concedidas a viudas e hijos de funcionarios públicos y el de los llamados *entretenimientos y ayudas de costa,* con que se acostumbraba socorrer a las mujeres y a los descendientes de los conquistadores. Tampoco sobre estos particulares se registran normas definidoras de aplicación general. Sólo testimonios aislados que acreditan la existencia de esta acción tutelar por parte del Estado, pero que no son suficientes para señalar los detalles que debieron presidir en su aplicación.

En una Ley de Recopilación de 1680 se establecía: "Que informen las Audiencias para hacer mercedes a viudas de Oidores".

Las viudas de los militares, aparte de los socorros que pudieran corresponderles, tenían derecho a pasaje gratuito para su regreso a España si sus maridos hubieran estado en Indias sólo en guarnición; pero carecían de este privilegio cuando se trataba de individuos que estaban viviendo en aquellos territorios con destinos fijos por ellos solicitados. Como los militares pertenecientes a las clases subalternas tenían prohibido el matrimonio, si a pesar de esta pro-

hibición se casaban, no podían reclamar sus viudas socorro alguno de su montepío. La viuda de militar que contraía segundas nupcias perdío todo derecho a la viudedad que le hubiera correspondido por la muerte de su primer marido.

El régimen de las *mercedes* y socorros concedidos a las mujeres e hijas de conquistadores y primeros pobladores, presenta una diversidad mucho mayor. No es posible señalar ninguna norma general a este respecto. En cada caso concreto se procedía según aconsejaban el grado de necesidad de las solicitantes, los méritos y servicios que en sus causantes concurrían y las posibilidades mayores o menores del Tesoro público. Cuando los servicios prestados habían sido eminentes, no era indispensable un verdadero estado de pobreza en las viudas y huérfanas para aspirar a conseguir *mercedes,* en ocasiones muy saneadas. La recompensa revestía entonces más los caracteres de un acto de justicia que de una liberalidad benéfica. La largueza de los soberanos alcanzaba muchas veces a personas que no ostentaban otro mérito que el de estar casados con hijas o nietas de los primeros descubridores. Las encomiendas de indios por concesión directa o por vía de disimulación en aquellas que habían sido otorgadas a sus maridos cuando todavía no se había sancionado la sucesión hereditaria en las encomiendas, fueron medio adecuado al que se acudió con frecuencia para recompensar a las mujeres viudas de individuos que habían prestado servicios señalados en las primeras colonizaciones. También fué práctica muy usada la concesión de determinados oficios públicos y la cobranza y beneficio de ciertos derechos fiscales.

Pero, aparte de estos géneros de recompensa, excepcionales aunque relativamente numerosos, que sólo se concedieron cuando concurrían en los causantes de las beneficiadas méritos y servicios muy señalados, el medio general que se empleó para socorrer a las viudas menesterosas de los descubridores y primeros pobladores fué el otorgamiento de pensiones vitalicias, cuya cuantía cambiaba según los casos.[64]

[64] Leyes LI, XXXIII, XIII y CIII, tít. xv, lib. III; y XCV, tít. XVI, lib. II de

Como complemento de lo que acabamos de exponer, hemos de recoger ahora un núcleo muy numeroso de disposiciones, encaminadas todas ellas a difundir y fomentar en Indias la creación de colegios y casas de recogimiento para niñas y mujeres.

En la Recopilación de Leyes de Indias de 1680, recogiendo y sistematizando la doctrina establecida en disposiciones Reales anteriores, muy numerosas y dispersas, se ordenaba a las autoridades coloniales que se informasen de "qué hijos o hijas de españoles y mestizos hay en sus distritos que anden perdidos y los hagan recoger..., y provean que las mujeres sean puestas en casas virtuosas, donde sirvan y aprendan buenas costumbres..., y si estos medios no fueren bastantes, pongan las hembras en casas recogidas... Y por que así conviene, ordenamos que si alguno de los dichos mestizos o mestizas se quiere venir a estos Reinos se les dé licencia".

Los testimonios particulares de Cédulas Reales ordenando la creación de colegios para niñas y "casas de recogidas" para mujeres o autorizando la fundación de instituciones de este género, debidas a la iniciativa privada, abundan en los documentos de la época, con referencia a todos y cada uno de los diversos territorios coloniales. La política tutelar del Estado español no se detuvo en las mujeres de raza blanca —españolas o mestizas—, sino que extendió su protección a las mujeres de raza india. En efecto, en una ley de la citada Recopilación de 1680 —la XIX, tít. III del lib. IV—, se ordenó, en términos generales, "que se hagan y conserven casas de recogimiento en que se críen las indias"; y en otra, del libro IV, se dispuso: "... mandamos que en los campos Arauco y Yumbel haya dos o tres casas donde se recojan de noche todas las indias solteras". También se hubo de disponer, con mayor generalidad, en una Real Cédula de 6 de abril de 1601, "que en las ciudades, villas y lugares y pueblos de todas las Indias se pusiesen escuelas donde se enseñase la lengua española, advirtiendo que en los lugares que lo permitiesen, se estableciesen dos, para que a una

la Recop. de 1680. Véase también *Diccionario* citado: Viudas, viudedad y merced.

concurriesen los niños, y a la otra las niñas solamente; y en las que no pudiese haber más de una y hubiesen de convivir ambos sexos, fuese con separación, y que a las niñas, en pasando de diez años, no se les permitiese más ir a la escuela".[65]

El problema de la capacidad o incapacidad de la mujer para el desempeño de cargos públicos, con jurisdicción o sin ella, no se plantea tampoco en las fuentes del derecho indiano, y aun cuando es lo cierto que este silencio del legislador deba suplirse pensando que en términos generales la cuestión no podía suscitarse siquiera, por la evidente incapacidad que el sexo implicaba para la participación activa de la mujer en la vida del Estado, no es menos cierto que, en determinadas circunstancias de excepción, llegaron algunas mujeres a desempeñar puestos muy elevados en los diversos ramos de la Administración Pública. No son los hechos que conocemos lo bastante numerosos ni explícitos para inferir de ellos la existencia de una verdadera doctrina jurídica susceptible de generalización, pero sí ofrecen relieve suficiente para que no deban ser pasados en silencio.

Conocidos son los casos de Doña María de Toledo y Doña Ana de Borja, que desempeñaron, aunque sólo fuera accidentalmente, el cargo de Virreinas. Doña Juana de Zárate y Doña Catalina Montejo heredaron y ejercieron el puesto de Adelantado. Dos nombres de mujer figuran en la lista de los Gobernadores de los distintos territorios coloniales: Doña Isabel Manrique y Doña Aldonza Villalobos. Por elección del Cabildo, llegó a regir Guatemala Doña Beatriz de la Cueva. Título tan importante como el de Almirante, fué ostentado en cierta ocasión por una mujer: Doña Isabel Barreto.

Pero insistimos en que todos estos nombres y otros más que podrían añadirse, deben ser mirados como excepcionales, sin que impliquen, por tanto, una habilitación general de la mujer para intervenir en las funciones de gobierno. Su designación se hace alguna vez por los monarcas atendiendo a los méritos personales

[65] Leyes IV, tít. IV, lib. VII; LXI, tít. XVI, lib. VI, y *Diccionario* citado: Colegios.

extraordinarios que en las solicitantes concurran; de ordinario, el único título que las mujeres pueden alegar para aspirar a tan destacadas recompensas, es el ser descendientes de conquistadores que se distinguieron por sus servicios relevantes. No falta el caso de entrar una mujer en el desempeño de un cargo muy elevado en virtud de una verdadera sucesión testamentaria, por haberse concedido a su causante el privilegio especial de nombrar libremente a la persona que hubiera de sucederle en el ejercicio de sus atribuciones y haber recaído en una mujer esta designación. Aunque muy raro, poseemos también el ejemplo, según ya hemos visto, de mujeres que debieron los cargos que disfrutaron a la elección de un cabildo municipal.

Parece ocioso advertir que cuando se trataba de mujeres casadas, aunque la merced del cargo se hubiera hecho pensando en beneficiar a la mujer, era el marido quien desempeñaba las funciones inherentes al mismo. Abundan los testimonios de personas que aparecen gozando de determinados cargos públicos, sin otro mérito que el de estar casadas con hijas o descendientes de conquistadores.

También son muy frecuentes los documentos en que se ve a mujeres viudas rematando determinados oficios vendibles o la recaudación de ciertos arbitrios para sus hijos menores de edad.[66]

Mayor interés jurídico tienen las discusiones doctrinales que se suscitaron sobre si debería considerarse a las mujeres capacitadas o no para recibir encomiendas de indios o para suceder en su disfrute y aprovechamiento a sus padres o maridos, cuando las encomiendas se concedieron por dos o más vidas.

De hecho, la cuestión se resolvió por vía consuetudinaria en un sentido favorable a la mujer, mucho antes de que el derecho de la época sentase sobre este asunto normas reguladoras. Pero los reparos doctrinales opuestos por algunos juristas a la capacidad de las mujeres para recibir indios en encomienda, por entender que

[66] Las citas históricas sobre la capacidad de la mujer para el desempeño de cargos públicos, pueden consultarse en mi estudio *El sexo como circunstancia modificativa...*, p. 234 y ss.

su sexo no les permitía desempeñar cumplidamente los deberes que sobre los encomenderos pesaban, lograron impresionar el ánimo de los monarcas y encontraron eco en la esfera legislativa.

En una Real Cédula de 9 de agosto de 1546 se declaraba que procedía anular varias encomiendas concedidas a mujeres, porque éstas "no son hábiles ni capaces de tener indios encomendados"; y como ya entonces había muchas mujeres encomenderas, que lo eran no por concesión directa de alguna autoridad colonial capacitada para repartir indios, sino por haber sucedido en la encomienda a sus maridos o a sus padres, se ordenó que "si alguno se casare con mujer que por sucesión esté gozando de encomienda, se haga nuevo título y se ponga a nombre del marido, aunque éste sólo la disfrute mientras viva la mujer".

Este criterio restrictivo no logró, sin embargo, prevalecer. Con posterioridad a la Cédula citada de 1546, se encuentran testimonios abundantes de concesiones de encomiendas en primera vida, hechas directamente a determinadas mujeres, en consideración a servicios señalados prestados por sus causantes; y aún entre los tratadistas del derecho indiano se encuentran también opiniones muy calificadas en favor de esta capacitación de la mujer, Juan de Solórzano, el autor, tantas veces citado, de la *Política Indiana,* a pesar de los escrúpulos doctrinales que oponían los que querían equiparar las encomiendas con los feudos militares, no vacila en aconsejar a las autoridades facultadas para encomendar indios que se apiadasen "de las viudas y doncellas honestas para evitarles los peligros de su sexo".

Sólo por razones fácilmente comprensibles, se prohibió la concesión de encomiendas a las mujeres e hijas de los Ministros de Indias y a las mujeres, hijas, parientes, criadas y allegadas de los Oficiales Reales. En cambio, se concedieron, en ocasiones, encomiendas a mujeres indias de gran alcurnia, hijas o descendientes de los primitivos monarcas indígenas.

Desde el punto de vista del derecho de sucesión, la capacidad de la mujer para suceder en las encomiendas de sus maridos o de

sus padres fué todavía más patente. Mucho antes de que en la ley se sancionase la posesión de las encomiendas por más de una vida, introdujeron las autoridades coloniales la costumbre de permitir, por vía de "disimulación", que las mujeres e hijos de los conquistadores siguieran disfrutando de los indios encomendados a sus causantes.[67]

También se suscitaron discusiones doctrinales, de interés mayor o menor, sobre el grado de capacidad de las mujeres indias para suceder en los cacicazgos. Según Solórzano, de aplicarse a la sucesión de los cacicazgos la doctrina que en punto a los mayorazgos imperaba, hubiera resultado indudable la capacidad sucesoria de las mujeres, porque en los mayorazgos la mujer de grado más próximo excluía al varón de grado más remoto; pero este criterio favorable a la equiparación de estas dos instituciones, defendido por muchos y aplicado en algunas regiones del Perú —la de los Llanos, entre otras—, no fué aceptado por todos, y así, en el propio Perú, en virtud de unas Ordenanzas promulgadas por el Virrey Don Francisco de Toledo, se estableció que en la sucesión de los cacicazgos tuvieran preferencia los varones, excluyendo, en caso de concurrencia de los dos sexos, a las hembras, aun cuando éstas fueran de grado más próximo.

Resulta, por tanto, como único dato positivo, la capacidad de la mujer para suceder en los cacicazgos, ya en un plano de igualdad con el varón, ya colocada con respecto a éste en un segundo término. Solórzano, por su parte, opinaba que no debía sentirse ningún escrúpulo legal en admitir a la mujer al desempeño de estos cargos, puesto que eran admitidos a otros que también llevaban anejo el ejercicio de alguna jurisdicción.[68]

Cerremos esta esquemática exposición de la condición jurídica de la mujer en la América española del período colonial, estudiando sumariamente su situación desde el punto de vista penal y de la policía de las costumbres.

[67] Véase SOLÓRZANO, *ob. cit.*, lib. III, cap. VI y XII. Leyes XIII, tít. VIII, lib. VI, y LIII, tít. IV, lib. VIII, y *Diccionario* citado: merced.

[68] Véase SOLÓRZANO, *ob. cit.*, lib. II, cap. XXVII.

En la esfera del Derecho Penal sólo se advierte en la legislación de Indias un criterio de diferenciación entre los sexos, manifestado de una manera patente, con referencia a los que podemos llamar delitos contra la honestidad. El mismo régimen de desigualdad —rigorismo para la mujer y laxitud para el hombre— que imperaba a este respecto en la Metrópoli rigió también para los territorios coloniales de una manera expresa, obligando no sólo a los españoles residentes en estos dominios y a los criollos, sino también a los mestizos habidos de las uniones entre razas diferentes. Sólo para las mujeres indias hizo quiebra este criterio rigorista, imponiéndose normas inspiradas en una mayor amplitud y benignidad.

Según una Real Cédula de 10 de septiembre de 1548, incorporada más tarde a la Recopilación de 1680, en el delito de adulterio se habían de guardar las leyes "sin diferencia entre españoles y mestizos. Lo que disponían estas leyes, cuya observancia se mandaba, ya lo sabemos por las fuentes del derecho español de entonces: que la mujer que cometiese adulterio fuese entregada, juntamente con su amante, al marido ofendido, para que éste saciase sobre los culpables su sed de venganza. Solamente se exigía como condición que el esposo ultrajado no pudiera dar muerte a uno de los adúlteros sin matar también al otro.

En una carta de 15 de noviembre de 1505, dirigida al Comendador Ovando, advertía el monarca que no se castigasen con mucho rigor los extravíos sexuales de las mujeres indias, "pero sí a los españoles culpables, evitando el escándalo". Por el delito de bigamia cometido por indios ya convertidos al cristianismo, se imponían a los varones culpables penas determinadas, que nunca habían de revestir mucha gravedad y que habían de ser precedidas de tres amonestaciones persuasorias.

Para poner a la mujer al abrigo de cualquiera imputación calumniosa, se ordenaba en una ley de Recopilación de 1680, que no se pudiera prender a ninguna mujer a pretexto de ser tachada de manceba de clérigo, fraile u hombre casado, sin que precediera una información en que se acreditasen cumplidamente los hechos denunciados. En una Cédula Real de 13 de noviembre de 1713, di-

rigida al Obispo de Puerto Rico, después de recomendar que se procurase por todos los medios evitar los adulterios, incestos y otros delitos sexuales cometidos por los indios, se insistía en que debía presidir un criterio de benignidad y se ordenaba que en adelante se enterrase en sagrado a las mujeres que, sin ser casadas, muriesen de parto.[69]

Tampoco sobre la policía de las costumbres se registra en la legislación de Indias ninguna particularidad jurídica que acuse una novedad con respecto a la doctrina tradicional imperante en la Metrópoli; pero, en cambio, las disposiciones circunstanciales corrigiendo excesos señalados, son copiosas, y aun cuando predomine en ellas lo anecdótico, no dejan de ofrecer por eso un interés general.

La primordial preocupación del legislador fué poner a las mujeres indias al amparo de los hábitos de violencia de soldados y colonizadores. Y así, en la propia Recopilación de 1680, se prohibía terminantemente a caminantes y navegantes que pudieran llevar consigo mujeres indias "casadas ni solteras"; y análoga prohibición se establecía con respecto a los soldados, a la par que se recomendaba a los capitanes que procurasen que sus subordinados vivieran con moralidad.

Persistiendo en el mismo punto de vista, se disponía en otras leyes de la citada Recopilación "que se hagan y conserven casas de recogimiento en que se críen las indias", y que "en los campos de Arauco y Yumbel hayan dos o tres casas donde se recojan de noche todas las indias solteras..., para evitar amancebamientos y deshonestidades..., y ningún capitán ni oficial pueda tener indias solteras en su servicio". Se completan estas disposiciones ordenando que "las justicias apremien a las indias amancebadas a irse a sus pueblos a servir", y que no se permitiese a las mujeres esclavas vivir fuera de sus casas, ni ir desnudos a los esclavos de uno y otro sexo.

[69] Las citas legales sobre la situación de la mujer en la esfera del Derecho Penal, pueden consultarse en mi citado estudio *El sexo como circunstancia modificativa*, p. 250 y ss.

Esta política de tendencia moralizadora no impidió que desde los primeros tiempos fuera admitida en los territorios coloniales la prostitución, reglamentándose su ejercicio.

En una Real Cédula de 1526 se dió licencia a un individuo llamado Bartolomé Conejo para que pudiera edificar en Puerto Rico "una casa de mujeres públicas... en sitio conveniente, habiendo necesidad de ella para excusar otros daños"; y en otra Real disposición, dictada el mismo año, se concedía idéntico permiso para Santo Domingo a otro sujeto nombrado Juan Sánchez Sarmiento. Sólo en ciertas circunstancias excepcionales, para atajar abusos crecientes, se cortó este criterio de tolerancia, llegándose a ordenar que se "castigase rigurosamente a las mujeres prostitutas".[70]

C. El derecho de sucesión

En la esfera del derecho de sucesión, las fuentes peculiares de la llamada legislación de Indias ofrecen un interés doctrinal todavía menor.

Sólo en torno a los problemas jurídicos que planteó la sucesión en las encomiendas cuando éstas, a partir de 1536, se concedieron por más de una vida, tuvieron que esforzarse tratadistas y legisladores en la elaboración de un sistema jurídico que hiciera frente a esta nueva realidad social. Las normas contenidas en el viejo derecho castellano para regular la transmisión hereditaria de los bienes, no eran aplicables al caso de las encomiendas de indios. Se trataba de una institución nueva, forjada en estos territorios y condicionada en cada frase histórica de su evolución por las circunstancias sociales y económicas del momento. Ya hemos dicho que el viejo vocablo castellano con que se la designa, no debe inducir a error en punto a la interpretación histórica de su contenido

[70] Leyes XLVIII, tít. I, lib. VI; XXI, tít. XXI, lib. IX; XIX, tít. III, lib. VII; LXI, tít. XVI, lib. VI, y VIII, tít. VIII, lib. VII de la Recop. de 1680. Véase también *Diccionario* citado: negros y amancebamientos. En el Archivo General de Indias (Sevilla), colección manuscrita de Belmonte: Prostitución. Véase, además, mi *Bosquejo histórico de los derechos de la mujer en la legislación de Indias,* Madrid, 1921.

jurídico. Las encomiendas de indios, como realidad viva de los nuevos territorios coloniales y no mera concepción más o menos abstracta del legislador peninsular, poco o nada tienen que ver con la vieja encomendación de la España de la Edad Media. Se entrecruzan en ellas influencias aborígenes y aportaciones europeas. Sin perder de vista todos estos factores históricos, complejos y variables, fueron articulando los juristas de la época los perfiles jurídicos de esta institución, singularmente en lo que se refiere a la esfera del derecho sucesorio.

Estableció la Real Provisión de 1536 que a la muerte de un encomendero que estuviera gozando del disfrute de su encomienda en primera vida, se había de hacer merced de esta encomienda al mayor de sus hijos legítimos, "con cargo que hasta tanto que sea de edad para tomar armas, tenga un escudero que nos sirva en las guerras con la costa que su padre servía y hera obligado; y si el tal casado no tuviere hijos de legítimo matrimonio nascido, encocomendaréis los dichos yndios a su mujer viuda; y si ésta se cassare y su segundo marido tuviere otros yndios, daraéisle uno de los dichos repartimientos que quisiere y si los tuviere encomendaréisle los yndios que así la muger viuda tuviere".[71]

Claramente se desprenden del texto de esta Real Provisión los siguientes principios: 1. Que la concesión de una segunda vida en el disfrute de las encomiendas no alteraba la naturaleza jurídica de esta institución. La encomienda seguía siendo una *merced real,* indivisible e inalienable. Por eso el primer encomendero no podía disponer *mortis causa* de la encomienda: el orden de sucesión quedó rígidamente establecido por el propio Monarca legislador; 2. Que este posible disfrute de las encomiendas en segunda vida, sólo se permitía cuando el primer encomendero fuera casado, y en favor únicamente del mayor de los *hijos legítimos* y, a falta de éstos, de la mujer.

Las dudas que se suscitaron en un primer momento sobre si también las hijas podían ser llamadas al disfrute de las encomien-

[71] *Colec. de Docs. Inéd... de Ultramar,* t. X, p. 322.

das de sus padres, fueron resueltas favorablemente para aquéllas, en Reales Cédulas de 4 de marzo y 5 de abril de 1552: "cuando falleciere alguno y dejase dos, tres o más hijos, *o hijas,* y el mayor que según la Provisión antecedente (se refiere a la de 1536) debiese suceder en los yndios entrase en Religión o tuviese otro impedimento, deberá pasar al segundo y assí consiguiente hasta acabar los varones; *sucediendo lo mismo en las hijas* por falta de aquéllos, y por la de unos y otras la mujer".[72]

Otras dudas se presentaron en torno a la interpretación de estos textos legales: en caso de que el hijo mayor del primer encomendero falleciese dejando sucesión antes que su padre, ¿debería ser llamado al disfrute de la segunda vida en la encomienda el segundo de los hijos del primer encomendero o el mayor de los nietos, hijo del primogénito fallecido? Muchos tratadistas se inclinaron en favor del hijo segundo, basándose en las propias palabras de las leyes transcritas y en el hecho de que por ser las encomiendas, al igual que los feudos, una donación Real, no cabía admitir en ellas el derecho de *representación.* Sin embargo, en una Real Cédula de Felipe II, dictada en 31 de enero de 1580, que luego fué recogida en la Ley V, tít. II, lib. VI de la Recopilación de 1680, se dispuso: "que muriendo el hijo mayor en vida del padre, suceda su hijo, nieto o descendientes"; y fundándose en esta Cédula Real, se sentó en el Consejo de Indias jurisprudencia favorable a los derechos de los descendientes, no sólo del primogénito muerto, sino también del incapacitado, sobre los derechos del hijo segundo, cuyo criterio fué compartido por el insigne tratadista Juan de Solórzano, aun cuando no de una manera resuelta.[73]

Hemos visto que, a falta de hijos y de hijas, fueron llamadas al disfrute de la segunda vida las viudas de los primeros encomenderos. Pero para corregir los fraudes cometidos por algunos encomenderos no casados, que contraían matrimonio *in artículo mortis*

[72] Estas dos Reales Cédulas fueron recogidas en la Ley II, tít. XI, lib. VI de la Recop. de 1680. Véase también *Diccionario* citado: encomenderos.

[73] *Política Indiana,* lib. III, cap. XXI.

para conseguir así la sucesión en sus encomiendas, se dispuso, en 27 de febrero de 1575, que para que la mujer pudiera suceder en la encomienda del marido, debían haber vivido en matrimonio por lo menos durante seis meses.[74]

La determinación de las causas de incapacidad para suceder en el disfrute de las encomiendas, fué también problema que atrajo la atención de los tratadistas. Según Juan de Solórzano y Antonio de León Pinelo, quedaron excluídos de la sucesión en las encomiendas todos los hijos no legítimos, incluso los naturales. Tampoco podían suceder los nietos legítimos, hijos de ilegítimos, ni los hijos adoptivos.[75] Respecto a los hijos legitimados por rescripto del Príncipe, entendía Solórzano, en contra de la opinión de Pinelo, que tampoco podían ser llamados a la sucesión, a no ser que el propio Príncipe lo declarase así de una manera expresa al conceder la legitimación. Se consideró, en cambio, que estaban capacitados los legitimados por subsiguiente matrimonio y los hijos putativos.[76]

En el cuadro de los incapacitados figuraron también los religiosos de ambos sexos y los clérigos, si bien a estos últimos se les concedió el beneficio de deliberar, mientras no hubieran recibido órdenes mayores.[77]

[74] *Diccionario* citado: Matrimonios y encomenderos. Ley VI, tít. XI, lib. VI. Recop. 1680.

[75] Este criterio, tan riguroso, no prevaleció en los primeros tiempos, ya que en una Provisión de 15 de enero de 1529, dictada para la Isla Española, se admitió expresamente que "los indios se encomienden como hasta aquí, y en muriendo un casado no se quiten a su mujer e hijos *aunque sean bastardos*".

[76] SOLÓRZANO, *ob. cit.*, lib. III, cap. XIX.

[77] Pudieron suceder, en cambio, los caballeros de las órdenes militares, a pesar de su carácter religioso (SOLÓRZANO, *ob. cit.*, lib. III, cap. XIX). Con respecto a los entretenimientos y ayudas de costa, una Real Cédula de 24 de noviembre de 1568 dispuso: "Con las ayudas de costa señaladas a hijos y mujeres de descubridores, siendo seglares, se ha de acudir a sus hijos aunque sean clérigos, y a sus hijas y mujeres, aunque sean religiosas, por todos sus días." (Ley XIX, tít. II, lib. V, Recop. 1680.)

Si el llamado a suceder no estuviere en las Indias al tiempo de deferirse la encomienda, le sustituía el siguiente en grado. Sin embargo, Solórzano advierte que esta incapacidad cesaba cuando la ausencia se justificase, pues en buena regla de derecho se debía el beneficio de la restitución *in integrum* para las lesiones sufridas por esta causa.[78]

Señalaremos, por último, que tampoco podían suceder los que ya poseyeran otra encomienda, cualquiera que fuera el título por el que la hubieran adquirido.

Este criterio restrictivo en punto a la capacidad para suceder en el disfrute de las encomiendas, hizo quiebra, en más de una ocasión, por razones de índole fiscal. Así, en una Real Cédula de 1559, se permitió "que los hijos *naturales* puedan suceder a sus padres en los indios, no teniendo hijos legítimos, sacándoles por esta merced para S. M. *todo lo que se pueda,* atendido el valor de los indios".[79] Y cuando en 8 de abril de 1629 se modificó la ley de sucesión concediéndose una prórroga por una tercera vida a todos los poseedores de encomiendas mediante el pago de una composición que ascendía a la renta de tres años cuando la encomienda se estuviera poseyendo en segunda vida, y a la renta de dos años solamente cuando todavía la estuviera disfrutando su primer poseedor, se añadió en otra Cédula, dictada el 20 del mismo mes y año, que en este beneficio quedaban comprendidas todas las encomiendas cuya renta no excediese de ochocientos ducados, ya que éstas se reservaban para nuevas recompensas.[80]

Antonio de León Pinelo pretende que con esta prorrogación se llegaron a disfrutar las encomiendas en Nueva España por una quinta vida, equiparando la primera y segunda de que hablaba la Real Cédula de 1629, a la tercera y cuarta que en aquel virreinato estaban consentidas al margen de la ley y por vía de disimulación.

[78] SOLÓRZANO, *ob. cit.*, lib. III, cap. XX.

[79] Arch. de Ind. Ind. Gral. Registros. Reales Cédulas 139-7-5. T. I, folio 105 v.

[80] Arch. de Ind. Ind. Gral. 139-7-9. T. II, folio 491 v.

Pero en una Cédula Real de 20 de marzo de 1659, se condenó expresamente esta interpretación, ordenando que la prorrogación debía entenderse solamente con los que poseyeran sus encomiendas en primera o segunda vida, y no con los que ya las estuvieran disfrutando en tercera o en cuarta, como indebidamente habían sancionado algunos Presidentes.[81]

Ya hemos visto, por otra parte, que en 30 de octubre de 1704 se concedió nueva prorrogación por una cuarta vida, mediante el pago de dos *annatas* para los gastos de la guerra.[82]

Las analogías observadas entre las encomiendas y los feudos, derivadas, principalmente, del hecho de ser unas y otros en su origen una *merced Real,* llevaron a los tratadistas de nuestro derecho indiano a conclusiones más o menos discutibles, pero de indudable interés jurídico. Así, Juan de Solórzano entendía que el que sucedía en el disfrute de una encomienda no era llamado a la sucesión a título de heredero de su causante, sino por ministerio de la ley, y, en consecuencia, no podía admitirse en este orden sucesorio el derecho de *representación*[83] ni tenía trascendencia ninguna el hecho de que el último poseedor se hubiese olvidado de instituir heredero al hijo o persona llamada por la ley, ni aún el que expresamente le desheredase. Tampoco podía ningún encomendero hacer en la encomienda nada que perjudicase a su sucesor ni establecer sobre la misma ningún legado. Si el llamado a la sucesión fuera al propio tiempo heredero universal del causante, podía repudiar la herencia y aceptar, en cambio, la encomienda. El orden de los llamamientos a la sucesión en la encomienda no podía ser alterado ni aún por el mismo Príncipe, a no ser que mediase causa gravísima. Finalmente, respecto al pago de las deu-

[81] Arch. de Ind. Ind. Gral. 139-7-10. T. I, folio 84. Lo mismo atestiguan las Leyes XIV y XV, tít. XI, lib. V.

[82] Arch. de Ind. Registros: 139-7-6. T. I, folio 33 v., nº 4.

[83] Ya hemos visto, sin embargo, que la Real Cédula de 31 de enero de 1580, anteriormente citada (Ley V, tít. II, lib. VI), parece sentar a este respecto doctrina contraria.

das hereditarias, quedaba también excluído el sucesor en la encomienda, a no ser que fuese, al propio tiempo, heredero de su causante.[84]

La cuestión de si los maridos estaban o no capacitados para suceder a sus mujeres encomenderas —a falta de hijos varones o hembras—, fué muy discutida entre los tratadistas. Solórzano se inclinada por la solución negativa, mientras que Pinelo se pronuncia favorablemente. Los textos legales y otros testimonios históricos parecen confirmar la opinión de este último autor.

Otro problema interesante que Solórzano plantea es el de determinar si las dos vidas de que hablaba la ley de sucesión habían de contarse a partir de la fecha en que se alcanzaba la Cédula de concesión de la encomienda, o sólo desde que los indios se situaban de una manera efectiva en poder del nuevo encomendero. La cosa tenía mucha importancia en la práctica, porque como de ordinario solía mediar bastante tiempo entre una y otra fecha, ocurría con frecuencia que, cuando el goce de la encomienda podía hacerse efectivo, había muerto ya la persona a cuyo favor se había hecho la merced.

También sobre este punto se pronunciaron con criterios contrarios Antonio de León Pinelo y Solórzano. El primero se mostró partidario de que las dos vidas comenzaran a contarse desde que se hubiera concedido la gracia, aun cuando, de hecho, el primer favorecido no llegase a gozar de la encomienda o la gozase por muy poco tiempo, ya que en esta clase de mercedes no podía estimarse que el Rey se hallase obligado a la *evicción*. Solórzano, sin desconocer la fuerza de estos razonamientos, defiende la solución más favorable a los encomenderos, y dice que en este sentido vió que se resolvieron siempre estos problemas por los Virreyes y Audiencias del Perú.[85]

Pero si el hijo llamado a la sucesión fallecía a su vez antes de que se expidiese a su favor el nuevo título, debía considerarse ex-

[84] SOLÓRZANO, *ob. cit.*, lib. III, cap. XVII.

[85] *Política indiana*, lib. III, cap. XVIII.

tinguida la segunda vida y reincorporarse la encomienda a la Corona, porque según una Real Cédula de 31 de mayo de 1562, esta clase de beneficios, muerto el primer poseedor, pasaban *ipso iure* a su heredero sin necesidad de previa aceptación, y por lo tanto, aun cuando éste muriese sin haberle despachado nuevo título, el goce de la segunda vida había tenido lugar.[86]

Entre las obligaciones que pesaban sobre los hijos e hijas sucesores en la encomienda de su padre, figuraba la de prestar alimentos a sus hermanos o hermanas y a su madre mientras no contrajese segundas nupcias, "entre tanto que no tuvieren con qué se sustentar". Estos alimentos habían de ser "según la calidad de las personas, cantidad de la encomienda y necesidad que tuvieren los que han de ser alimentados".[87]

Cuando por muerte de los primogénitos sucedían en la encomienda sus hijos, nietos del primer poseedor, entendía Solórzano que a pesar del silencio de la ley, venían también éstos obligados a prestar alimentos a sus tíos, hermanos del primogénito muerto, ya que no sería justo que *representasen* a su padre en el disfrute de la encomienda sin hacerse solidarios, al propio tiempo, de todas sus cargas.[88]

En el capítulo XVI, lib. III, de su *Política Indiana,* se pregunta Solórzano: ¿Tienen los padres derecho a gozar del usufructo de las encomiendas que se dan por nueva merced a los hijos o hijas que están bajo su patria potestad o que las han heredado en segunda vida por sucesión a su madre o abuelos maternos?

También esta cuestión trajo muy divididos a los tratadistas de entonces. Para algunos autores, estudiando el problema desde el punto de vista del derecho común, la contestación afirmativa resultaba evidente, porque a los padres correspondía en general el usufructo de toda clase de bienes poseídos por los hijos sujetos a su potestad, aun cuando se tratase de bienes adventicios o vincu-

[86] Ley II, tít. XI, lib. VI. Diccionario citado: encomiendas.
[87] Leyes III y IV, tít. XI, lib. VI, Recop. de 1680.
[88] *Política Indiana,* lib. III, cap. XVII.

lados en algún mayorazgo. Pero el licenciado Matienzo, "y con él el insigne Consejero Gil Ramírez de Arellano, y últimamente Antonio de León, opinan resueltamente que no, sin admitir sobre ello duda de ninguna clase, ni aun cuando la encomienda se haya dado precisamente por méritos del padre". Sin embargo, a pesar de la gran autoridad de estos últimos juristas, Solórzano se pronuncia resueltamente al lado de los primeros, después de razonamientos muy prolijos.

Las muchas analogías existentes entre las encomiendas y los feudos, llevaron a los tratadistas más calificados del derecho indiano a sostener que la propiedad o el dominio de las encomiendas no podía nunca tener el carácter de *gananciales,* a los efectos del derecho sucesorio, pero sí los frutos o rentas que aquéllas producían. Solórzano acepta sin reserva esta opinión pero exceptúa el caso de las encomiendas adquiridas durante el matrimonio por título hereditario, puesto que en los bienes así adquiridos no cabía jamás la consideración de gananciales.[89]

Sobre si cabía o no en las encomiendas el llamado derecho de *acrecer,* nada dicen los textos legales. Solórzano entendía que sólo podía tener lugar este derecho cuando la encomienda hubiere sido concedida a varias personas en concepto de *proindiviso,* esto es, sin señalar a cada uno de los beneficiados la parte específica que pudiera corresponderle; pero cuando las distintas porciones, aun sin dividirlas, se hubieran individualizado, no podía alegarse el derecho de *acrecer,* quedando en situación de vacante la parte de aquellos que muriesen poseyéndola en segunda vida o sin legítimos sucesores.[90]

Tampoco tenían las encomiendas el carácter de ser bienes *colacionables,* ni podían ser computadas en las *legítimas* de los que por ministerio de la ley eran llamados a su sucesión.[91]

Según dos Reales Cédulas de 1537 y 1574, recogidas en la

[89] *Pol. ind.,* lib. III, cap. XVI.

[90] *Pol. ind.,* lib. III, cap. XIII.

[91] *Pol. ind.,* lib. III, cap. XV.

Ley XIII, tít. II, lib. IX de la Recopilación de 1680, podían cederse los aprovechamientos de las encomiendas a título de capital o dote en favor del hijo o hija que hubiera de suceder, pero sólo por vía de permisión y sin que se hiciera nuevo título de la encomienda hasta la muerte del primer poseedor. Sin embargo, como según la ley de sucesión en las encomiendas, los hijos varones tenían en todo caso derecho preferente sobre las hembras y podía ocurrir el nacimiento de un varón después que se hubiera hecho la transmisión dotal en favor de la hija, quedaba en este caso revocada *ipso facto* la donación sin que pudiera ser alegada la prescripción adquisitiva o extintiva.[92]

En las encomiendas concedidas con alguna carga o gravamen a favor de determinada persona surgía la cuestión de sí, muerta ésta, se transmitiría la pensión a sus legítimos herederos o, por el contrario, se consideraría extinguida la carga al tiempo de su muerte. Según Solórzano, si el gravamen se consideraba como simple pensión, no admitía transmisión hereditaria; pero si era tenido como parte de la encomienda, había forzosamente que aceptar el criterio opuesto. En todo caso, dado el carácter de *merced Real* que la encomienda tenía, había que someterse siempre a lo que hubiera sido voluntad del monarca al hacer la concesión.[93]

Cuando la encomienda se hubiese concedido condicionalmente y hubiera muerto su primer poseedor antes de que la condición se hubiera cumplido, entendía Solórzano que si la condición impuesta era de las llamadas en términos de derecho *potestativas,* se extinguía la sucesión sin que el presunto heredero pudiera reclamar derecho ninguno, aun cuando se ofreciese a subsanar la omisión de su causante dando cumplimiento a la condición impuesta Pero si la condición era de las llamadas *casuales,* desde el momento mismo en que se produjese, aun cuando el primer llamado hubiera muerto, podía su legítimo heredero reclamar la encomienda concedida.[94]

[92] *Pol. ind.,* lib. III, cap. XV.
[93] *Pol. ind.,* lib. III, cap. XV.
[94] *Pol. ind.,* lib. III, cap. XII.

Finalmente, contra los llamados a la sucesión en las encomiendas por ministerio de la ley, no podía alegarse la prescripción extintiva, salvo si ésta fuese inmemorial, pues como anteriormente hemos dicho, dada la naturaleza de esta institución, se entendía que el hijo sucesor no entraba en la posesión de la encomienda a título de heredero de su causante, sino por llamamiento Real, y, por tanto, no podían perjudicarle los actos de su antecesor.[95]

Hasta aquí los preceptos jurídicos más interesantes del derecho indiano sobre la sucesión en las encomiendas. Ya hemos dicho que fuera de lo relacionado con esta institución, los principios de derecho sucesorio que se contienen en la llamada legislación de Indias presentan un interés doctrinal muy escaso.

Sólo algunas disposiciones Reales encaminadas a corregir los abusos cometidos por algunas autoridades coloniales en la sucesión de los *cacicazgos*[96] y contra la libertad de testar de los indios;[97] otras sobre el cumplimiento de las restituciones de conciencia que al tiempo de su muerte hicieren a los indios sus encomenderos;[98] algunas Reales Cédulas correctoras de las extralimitaciones cometi-

[95] *Pol. ind.*, lib. III, cap. XV.

[96] A la regulación jurídica de los cacicazgos se dedica en la Recopilación de 1680 todo el tít. VII del lib. VI Solórzano sostiene —lib. II, cap. XXVII de su *Política Indiana*— que la forma de suceder que se seguía en esta institución era "la de los mayorazgos de España en cuanto no lo contradixeren sus ordenanzas". Se aplicaron, a este respecto, en primer término, las costumbres de cada lugar. En mi estudio sobre "El derecho de sucesión en la legislación de Indias"... (publicado en *Estudios de historia del derecho español en las Indias,* Universidad Nacional de Bogotá, 1940), pueden verse algunas Reales Cédulas correctoras de abusos cometidos por las autoridades civiles y eclesiásticas, en punto a la sucesión en los cacicazgos.

[97] "Que los indios tengan libertad en sus disposiciones", se ordenaba en la Ley XXXII, tít. I, lib. VI de la Recop. de 1680; "que se remedien los excesos de los doctrineros en cuanto a los testamentos de los indios", se añadía en la Ley IX, tít. XIII, lib. I de la misma Recopilación.

[98] Ley LII, tít. V, lib. VI de la Recop. de 1680, y SOLÓRZANO, *Política indiana,* lib. III, cap. XXVI.

das por los Prelados de Indias en punto a la libertad testamentaria de sus clérigos y prebendados,[99] así como de los fraudes cometidos por algunos confesores para conseguir que sus fieles otorgaran testamento en favor de sus deudos, Iglesia o Religión;[100] y por último, ciertas Bulas o Breves pontificios, con sus correspondientes leyes aclaratorias, puntualizando las facultades dominicales de los Obispos sobre sus bienes patrimoniales y sobre los adquiridos por razón de sus dignidades eclesiásticas.[101]

Es, en cambio, extraordinariamente nutrido el grupo de leyes que se dictaron para conseguir la buena administración y la remisión a España de los bienes de los difuntos en Indias cuyos herederos estuvieran radicados en la Metrópoli. Se llegaron a crear juzgados especiales de bienes de difuntos en todas las ciudades importantes y se dispuso que en todos los Concejos hubiera un arca de tres llaves —que debían estar en poder del Juez, del Fiscal y del Escribano—, donde se había de depositar, con las debidas garantías, el producto de estos bienes, hasta que por los Oficiales Reales se realizase su envío a la Casa de la Contratación de Sevilla. Pero el conjunto de estas disposiciones sobre los bienes de difuntos carece de interés específico desde el punto de vista jurídico y sirve sólo para poner de relieve la importancia del problema en el orden social y administrativo, debido principalmente a la enormidad de las distancias y a la dificultad de las comunicaciones.[102]

[99] "Que los prebendados y clérigos puedan disponer de sus bienes como quisieren, extestamento, y *ab intestato*", se disponía en la Ley VI, tít. XII, lib. I de la Recop. de 1680.

[100] Reales Cédulas de 18 de agosto de 1575, 18 de agosto de 1771 y 24 de diciembre de 1800. Véase mi estudio "El derecho de sucesión en la legislación de Indias", publicado en *Estudios de historia del derecho español en las Indias* (Universidad Nacional de Bogotá, 1940).

[101] SOLÓRZANO, *Política indiana*, lib. IV, cap. X. Véase mi citado estudio *El derecho de sucesión en la legislación de Indias*.

[102] Al examen de la legislación referente a los llamados bienes de difuntos he dedicado toda la parte III de mi estudio, anteriormente citado, *El derecho de sucesión en la legislación de Indias*.

D. El derecho de propiedad

Por tratarse de territorios de nuevo descubrimiento y nueva población, se observa en las fuentes del derecho indiano reguladoras de esta materia una frecuente interferencia entre el interés público y el interés privado. Dada la amplitud que presenta el cuadro general de las *regalías* de la Corona de Castilla en estos territorios, según la doctrina articulada por los juristas más destacados de la época, ya hemos dicho que no es aventurado afirmar que todo derecho de propiedad privada de los colonizadores en las Indias derivaba, originariamente, de la gracia o merced real.

La enumeración y alcance de estas *regalías,* así como el proceso histórico seguido en orden a la apropiación privada de las tierras de realengo y el posible aprovechamiento por los particulares de los yacimientos mineros, ha quedado sumariamente expuesto al tratar de las instituciones económicas.

Veamos ahora otros aspectos importantes del derecho de propiedad indiano, que en buena parte rebasan, como ya hemos dicho, la esfera del interés puramente privado.

1) Hallazgo de tesoros.

En las Capitulaciones de nuevo descubrimiento y población se dispuso con respecto a los tesoros que se descubriesen "en enterramientos o cualquiera otros parajes ocultos", que pertenecía a la Corona "la mitad sin descuento de cosa alguna, quedando la otra mitad para la persona que así lo hallare y descubriere".[103]

Esta misma doctrina se sanciona con caracteres de general aplicación, en la Real Provisión de 4 de septiembre de 1596[104] y en la Recopilación de las leyes de las Indias de 1680. Se previno también en esta Recopilación que, con motivo de supuestos descubrimientos de tesoros, no habían de ser "defraudados los indios de lo que tuvie-

[103] Véase mi estudio citado *El derecho de propiedad en la legislación de Indias,* p. 24.

[104] *Colec. de Docs. Inéds... de Ultramar,* t. x, p. 342.

sen por suyo, por tenerlo guardado o escondido por temor, o por otra justa causa"; que para poder aprovecharse de un enterramiento descubierto era necesario registrarlo previamente, y que en punto a estos descubrimientos habían de ser equiparados los indios con los españoles.[105]

Los requisitos que se habían de observar para intentar el descubrimiento de tesoros se puntualizan minuciosamente en la Ley I, tít. XII, lib. VIII de la propia Recopilación: "que si alguno.. intentare descubrir tesoros en las Indias, capitule antes con Nos, o los Virreyes, Presidentes o Gobernadores, la parte que se les ha de dar de lo que sacare, y obligándose por su persona, y bienes, con finças bastantes de que satisfará, y pagará los daños y menoscabos, que de buscar el tesoro se siguieren en las casas, heredades o posesiones a los dueños donde presumieren que está, como fuere passado por personas de inteligencia y experiencia, nombradas para ello, y hará el descubrimiento por su cuenta y pagará de su hazienda todas las costas y gastos necesarios (hecha esta prevención) el Virrey, Presidente o Gobernador elija otra de confiança, rectitud y satisfacción, que vaya, y assista con el descubridor, y tenga cuenta, y razón de lo que se hallare, con orden de que lo haga avaluar y tassar, y acuda al descubridor con la parte que le pertenece, conforme a lo resuelto o por concierto, o capitulación se le hubiere concedido, menos los derechos y quintos, que a Nos pertenecen, y traiga la restante cantidad a la parte que se le señalare, dándonos avisso de todo, y remitiéndolo a estos Reynos. Y assimismo ordenamos, que para el cumplimiento de lo referido, y allanar las casas, heredades y possesiónes, que el descubridor señalare, el Virrey, Presidente, o Gobernador dé comisión, encargando a la persona, que ha de assistir, que use della con limitación, y a las Audiencias y Justicias"... que le presten el favor necesario.

Según el testimonio de dos tratadistas del derecho indiano de tanta autoridad como Solórzano y Matienzo, a pesar de la doctrina legal expuesta en punto a los derechos de la Corona sobre los

[105] Leyes II, III y IV, tít. XII, lib. VIII.

tesoros descubiertos en los enterramientos de las Indias, "lo más ordinario" era "pagar solo el quinto de lo que se saca a su Majestad, como se haze de los metales, y otros Tesoros".[106]

Parece interesante hacer constar que las Iglesias de las Indias pretendieron "ser suyo lo que se ha hallado en adoratorios, y santuarios, sin descubridor, y assí mesmo las tierras, ganados, chaxquizas, joyas, y otras cosas que eran de los Yngas, y del Rayo y Sol, y estaban dedicadas al servicio de los ídolos". El Rey, en Cédula de 1575, salió al paso de tales pretensiones, reivindicando sobre estos bienes los derechos de la Corona.[107]

Se discutió entre los teólogos la licitud de las exploraciones para descubrir supuestos tesoros en los enterramientos de los indios, dado el carácter sagrado de estos enterramientos. El Concilio II de Lima, celebrado en 1567, se pronunció en contra, ordenando bajo pena de excomunión "que no se desbaraten las sepulturas de los indios aunque sean infieles". Este mismo criterio prohibitivo había sido sostenido antes por el P. Las Casas y otros tratadistas. Juan de Solórzano, defensor siempre del punto de vista más favorable al *regalismo,* sostuvo que en el Supremo Consejo de las Indias nunca "se ha dudado, que sean lícitos estos descubrimientos, aunque en consecuencia de ellos suceda que también se descubran, y desentierren los cuerpos de los indios muertos, que están en las dichas Huacas, como essos se buelban luego a enterrar, y a acomodar como antes estaban".[108]

2) Sobre la propiedad privada de los oficios públicos en las Indias.

Ya hemos visto que, según la doctrina de la época, la institución y provisión de oficios públicos fué considerada como una de las *regalías* vinculadas en la Corona de Castilla, de la cual hicieron uso los monarcas recompensando con estos oficios a sus vasallos beneméritos, unas veces con concesiones de carácter vitalicio o por

[106] *Política Indiana,* lib. VI, cap. V.

[107] Véase SOLÓRZANO, *ob. cit.,* lib. VI, cap. V.

[108] *Política Indiana,* lib. VI, cap. V.

un número determinado de años, otras por dos o tres vidas y otras a perpetuidad.

Ya hemos visto también que, en tiempos de Felipe II, se acordó, para subvenir a las necesidades del Tesoro público, "que se vendiessen todos los oficios que no tuviessen jurisdicción. Y por que ya estabban vendidos algunos de pluma, se executasse en los demás, y se criassen los que conviniesse para el mismo efecto".[109]

Estos antecedentes históricos explican que en torno a la propiedad privada de estos oficios públicos se desarrollase todo un cuerpo de doctrina jurídica para fijar las facultades dominicales de sus poseedores.

Se hizo constar a estos efectos: que de los oficios vendibles no se pudiera pedir rescisión por *lesión* en el precio,[110] y que no se pudieran gravar con censos y otras cargas, porque "aunque los poseedores de los oficios vendibles y renunciables tengan el dominio útil, con las limitaciones que prescriben las leyes, no se hallan autorizados para disponer de ellos a su arbitrio, como de cualquiera otra finca de su patrimonio, por conservar siempre mi Corona el dominio directo, con un derecho espectativo de reversión de ella, por causas diferentes que puedan sobrevenir".[111]

Al admitirse que los tenedores de estos oficios pudieran renunciarlos en favor de otra persona mediante el pago de los derechos fiscales establecidos, se señalaron como requisitos necesarios para la validez de estas transmisiones mediante renunciación, los siguientes: que el renunciante sobreviva durante veinte días; que la renunciación se hiciera por escrito; que se renunciase a favor de persona capaz por su edad y sin impedimento "para poder tener

[109] Véase Antonio de León PINELO, *Tratado de las confirmaciones reales...* (edición facsimilar por el Instituto de Investigaciones históricas de la Universidad de Buenos Aires).

[110] Real Cédula de 1602. *Archivo General de Indias:* 139-1-14, lib. XXXII, folio 52.

[111] Real Cédula de 15 de octubre de 1787, PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España e Indias,* t. XXVI, p. 226.

y servir el oficio"; que la renunciación recayera "en persona digna y hábil". De estos cuatro requisitos —advierte León Pinelo en la obra citada— los dos primeros "inducen irreparable nulidad"; los otros dos "son más dispensables".

Cuando para defraudar a la Hacienda pretendieran renunciante y renunciatario —y de acuerdo con ellos los testigos al efecto requeridos— señalar al oficio renunciado un precio notoriamente inferior a su valor, debían los Fiscales reclamar para el Estado el oficio de referencia, pagando al renunciante la mitad o los dos tercios, según los casos, del precio fraudulentamente establecido.[112]

Con respecto a los oficios que hubieren sido comprados "por Ciudades, Villas y otras Comunidades de las Indias", se había de obligar a éstas "a que cada una señale persona cierta, y determinada, en cuya cabeça corra el riesgo de la vida, para que vaquen y se cobren los tercios, y mitades". Se advertía en la Recopilación de 1680 que en lo sucesivo no se vendiesen oficios a estas personas jurídicas.[113]

Un último punto que interesa recoger es el relativo a si por deudas de sus propietarios podía llegarse al embargo y ejecución judicial de los oficios públicos. Una Cédula Real de 21 de noviembre de 1603 resolvió esta cuestión afirmativamente, siempre que el ejecutado careciese de otros bienes con qué pagar, y con la condición, además, de que el nuevo rematante no fuera menor de edad, ni sirviera el oficio por medio de tenientes ni otras terceras personas y lo poseyera y disfrutase sólo "por los días y bida de la persona cuio hera el oficio quando se bendió, de que a de mostrar testimonio y rrecaudo suficiente de cómo es bibo en principio de cada año".[114]

En una Real Cédula de 15 de octubre de 1787 se condicionó todavía más el posible embargo de los oficios públicos, declarando

[112] Véanse las leyes del tít. XXI, lib. VIII, de la Recop. 1680.

[113] Véanse las leyes del tít. XX, lib. VIII de la Recop. 1680.

[114] *Colec. de Docs. Inéds. del Arch. de Ind.* T. XVII, p. 351.

que no pudiera embargarse más que la tercera parte de emolumentos y sueldos de los tales oficios por las deudas de sus poseedores".[115]

3) Sobre la propiedad intelectual e industrial en los territorios de las Indias.

No se encuentran, en las fuentes del derecho indiano, normas jurídicas reguladoras de esta materia a lo largo del período colonial. Pero en series nutridas de legajos que se conservan en el Archivo General de Indias de Sevilla, se contienen numerosos testimonios históricos de expedientes instruídos a instancias de particulares, por virtud de los cuales se concede permiso para la impresión y venta exclusiva de algún libro en los territorios de las Indias por el plazo de tiempo que se señala, o para la explotación, también con carácter exclusivo, y por el tiempo que concretamente se fija, de algún invento de aplicación industrial que detalladamente se describe.

El interés histórico de estos documentos—que figuran inventariados en la Colección manuscrita de Belmonte del Archivo de referencia— es incuestionable. Pero su volumen, aun siendo considerable, no es suficiente para fundamentar conclusiones susceptibles de generalización.

Hemos querido, sin embargo, dejar constancia del hecho en estas páginas, como posible punto de partida para ulteriores investigaciones.

4) Propiedad comunal. Bienes de propios.

Desde los tiempos mismos de los primeros descubrimientos se ve a los legisladores españoles preocupados por mantener y fomentar en las Indias la existencia de bienes comunales. Fué este principio uno de los que más persistentemente influenciaron toda la política colonizadora del Estado español en estos territorios. La experiencia, varias veces secular, adquirida en la Metrópoli en las luchas por la Reconquista nacional, había puesto de relieve la

[115] PÉREZ Y LÓPEZ, *Ob. cit.* T. XXVI, p. 226.

importancia económica de la existencia de bienes de aprovechamiento común —montes, pastos y aguas— para conseguir la repoblación de las comarcas ganadas a los árabes.

Por eso, tanto en las Capitulaciones como en las Reales Cédulas y Ordenanzas de nuevo descubrimiento y población, se dictan a este respecto preceptos reiterados. A la nueva población —dicen las célebres Ordenanzas de Felipe II de 1573— se ha de señalar ejido "en tan competente cantidad, que aunque la población vaya en mucho crecimiento siempre quede bastante espacio a donde la gente se pueda salir a recrear y salir los ganados sin que hagan daño"; confinando con los ejidos se habían de señalar dehesas "para los bueyes de labor y para los caballos, y para los ganados de la carnecería, y para el número ordinario de ganados que los pobladores por ordenanza han de tener, y en alguna cantidad más para que se cojan para propios del Consejo".

La doctrina se estructura con mayor amplitud en la Recopilación de 1680: "que los pastos, montes y aguas sean comunes en las Indias"; "que las tierras sembradas, alçado el pan sirvan de pasto común... excepto las dehesas, boyales y concejiles"; "que los montes, y pastos de las tierras de Señorío sean también comunes" y que lo sean igualmente los montes de frutas; añadiendo con respecto a estos últimos: "que cada uno la pueda coger, y llevar las plantas para poner en sus heredades y estancias, y aprovecharse de ellos como de cosa común".[116]

Sobre bienes de propios se encuentran también numerosos testimonios acreditativos de su existencia desde la fundación de las primeras ciudades.

De ordinario estuvieron integrados estos bienes por tierras y solares. En ocasiones, dada la pobreza de ciertas ciudades, se les concedieron como bienes de propios determinado número de indios, cuyos servicios personales debían ser empleados en la construcción de obras públicas municipales. Otras veces se ve a ciudades que poseen como bienes de propios los productos de las llamadas

[116] Véanse las leyes del tít. XVII, lib. IV, de la Recop. 1680.

pemas de Cámara. Como tales bienes de propios figuraron también, en determinados casos, algunos oficios públicos.

En el tít. XIX, lib. IV de la Recopilación de 1680 se contienen reglas abundantes sobre el carácter y administración de estos bienes.

5) Personas incapacitadas o con capacidad restringida para el ejercicio en las Indias del derecho de propiedad.

Fundamentalmente debió aplicarse en Indias sobre esta materia la misma doctrina legal que en España. El silencio de la legislación particular de aquellos territorios sobre las numerosas cuestiones que la capacidad o incapacidad para el ejercicio del derecho de propiedad necesariamente plantea, prueba que sobre este punto se aplicaría allí el derecho de Castilla, que, como es sabido, regía con el carácter de supletorio.

No se encuentra, por tanto, en nuestra legislación de Indias, una regulación amplia y general de las incapacidades que se oponían al libre ejercicio del derecho de propiedad; sólo aisladas declaraciones con respecto a casos muy concretos, que, aun cuando no suponen innovación alguna de interés en la doctrina general aplicable, debemos recoger aquí.

Desde los primeros tiempos abundan las disposiciones reales prohibiendo a determinados funcionarios públicos la propiedad de ciertos bienes —de ordinario tierras y estancias de ganados— en los distritos de su jurisdicción.

En la Recopilación de leyes de Indias de 1680 se prohibía expresamente a los *Virreyes* que tuvieran "granjerías, de ganados mayores ni menores, ni estancias, ni labranças".

A los *Oidores, Alcaldes* y *Fiscales* se les prohibía también que poseyeran "casas, chacras, estancias, huertas, ni tierras"... "en las ciudades donde residieren, ni fuera dellas, ni en otra parte en todo el distrito de la Audiencia".

Los *Oficiales Reales* no podían tratar ni contratar "con hacienda del Rey, ni propia, ni ajena", ni tener "parte en Armadas, ni Canoas de perlas". Tampoco podían beneficiar minas ni ingenios de azúcar.

Estas prohibiciones *se hacían extensivas a sus mujeres e hijos.*

A los infractores de estas leyes se les castiga con el mayor rigor, con penas que expresamente se señalan; y todavía se llega a ordenar a este respecto que los visitadores puedan "executar —sin embargo de apelación— las penas impuestas a los Ministros, que tuvieren sitios, estancias y molinos".[117]

Con respecto a Iglesias y Monasterios, en una Real Cédula de 27 de octubre de 1535, dirigida al Virrey de Nueva España, autorizándole para que "pudiese repartir entre conquistadores y pobladores antiguos ciertas tierras", se prevenía que "lo que ansí repartiéredes no lo puedan vender a Iglesia ni Monasterio ni a persona eclesiástica". Esta disposición, que se recogió literalmente en la Ley X, tít. XII del lib. IV de la Recopilación de Leyes de Indias de 1680, debe ser interpretada con un criterio restrictivo, considerándola como de aplicación exclusiva a la posesión y propiedad de las tierras así repartidas y para evitar la amortización de las mismas, puesto que en la propia Recopilación se encuentran testimonios incuestionables acreditativos de la capacidad para poseer, vender y permutar bienes en general, de Iglesias, Monasterios, Prelados y Clérigos; y todavía en fecha posterior a la de 1680, hemos visto algunos documentos que comprueban, de una manera indirecta pero evidente, la capacidad de personas eclesiásticas y comunidades religiosas para poseer incluso bienes raíces.

A los curas doctrineros de Indias se les ordenaba que habían de hacer inventario de los bienes de sus Iglesias respectivas, los cuales bienes no podían llevar consigo cuando fueren trasladados a otro beneficio.

Los bienes de las Iglesias de Indias no se podían gastar "en recibimientos" de autoridades seculares o eclesiásticas.

Los indios debían de ser compelidos a edificar casas para sus clérigos, las cuales casas habían de quedar "anexas a las Iglesias"...

[117] Véanse leyes LXXIV, tít. III, lib. III; LV, tít. XVI, lib. II; XLV a XLIX, tít. VIII, lib. IV, y XXIX, tít. XXXIV, lib. II.

" y sean de los clérigos que tuvieren la Iglesia, y se ocuparen en la instrucción y conversión de los indios parroquianos della, *y no se puedan enajenar ni aplicar a otros usos*".

Como consecuencia del derecho de Patronato Real sobre todas las Iglesias de las Indias, se dispuso que no se pudieran "dar, ni vender capillas en las Iglesias Catedrales sin licencia del Rey".

Con respecto a los religiosos de ambos sexos, se ordenó que se guardase en Indias "lo dispuesto por derecho y Brebes Apostólicos, sobre no tener los Religiosos bienes en particular".[118]

Juan de Solórzano, en su admirable y tantas veces citada *Política Indiana,* plantea la cuestión de si podían "disponer los Prelados de las Indias, assí seculares como regulares, en vida o en muerte, de las rentas, y bienes adquiridos en sus Obispados, o de otros algunos". Expondremos de una manera compendiada su opinión.

En su concepto habría que distinguir entre los bienes patrimoniales y los adquiridos por razón de su cargo, y entre los Prelados regulares y los seculares. Con respecto a estos últimos, no había duda de que podían disponer libremente, por actos *inter vivos* o *mortis causa,* de sus bienes patrimoniales; y de los adquiridos por razón de su cargo, podían también disponer de ellos por actos *inter vivos,* si bien estaban siempre obligados en el fuero interno a invertirlos en fines píos o benéficos.

Los Prelados regulares, ni aun de sus bienes patrimoniales podían disponer, en virtud del voto de pobreza, según opinión de algunos autores; pero Solórzano, siguiendo mejor a otros tratadistas que se apartaban de este extremado rigor doctrinal, entendía que, con respecto a la disposición por actos *inter vivos,* no debía hacerse diferencia entre unos Prelados y otros.[119]

6) Limitaciones al derecho de propiedad en los territorios de las Indias.

[118] Las citas de los distintos textos legales, aducidos sobre esta materia, pueden consultarse en mi estudio citado, *El derecho de propiedad en la legislación de Indias...,* pp. 83-84.

[119] *Política Indiana,* lib. IV, cap. X.

a) Casos de expropiación forzosa

No es que en la legislación de indias se estructure una verdadera teoría jurídica sobre esta materia, pero existen abundantes disposiciones legislativas dictadas para casos muy concretos que implican una verdadera expropiación forzosa de bienes de propiedad privada, revelando, al propio tiempo que la facultad incuestionable del Estado para ejercitar este derecho de expropiación, una preocupación de nuestros legisladores por conectar la aplicación de este principio, exigido por las circunstancias, con el respeto debido al derecho de los particulares.

Ya en la famosa Instrucción dirigida a los Frailes Jerónimos el 18 de septiembre de 1516, al encargarles la fundación de pueblos de indios se les facilitaba para que con esta finalidad pudieran "tomar las *haziendas* que fueren necesarias e más convenientes, para principiar los pueblos, así de cultivo como de ganados, estimándose en lo que justamente valieren, para que sean pagados de las primeras fundiciones".[120]

Con una mayor amplitud y generalidad se registran preceptos de esta naturaleza en distintas leyes de la Recopilación de 1680. Así, en la Ley XIV, tít. XIX, lib. VI, hablando de las *Reducciones* de indios, se disponía: "y porque a los Indios se habrán de señalar, y dar tierras, aguas, y montes, *si se quitaren a españoles* se les dará justa recompensa en otra parte".

En la Ley I del tít. XII, lib. VIII, donde se regulaba en términos generales lo relativo a descubrimientos de tesoros en Indias, se disponía que el que capitulare estos descubrimientos se había de obligar "con su persona, y bienes, con fianças bastantes de que satisfará y pagará los daños y menoscabos que de buscar el tesoro se siguieren en las casas, heredades o posesiones a los dueños, donde presumiere que está, como fuere tassado por personas de inteligencia y experiencia nombradas para ello". Y todavía se añadía "que para el cumplimiento de lo referido, y allanar las casas, he-

[120] *Colec. de Docs. Inéds... de Ultramar,* tít. IX, p. 50.

redades y posesiones, que el descubridor señalare, el Virrey, Presidente o Gobernador dé comisión, encargando a las personas que han de assistir que usen dello con limitación, y a la Audiencia y Justicia, que le presten el favor necesario".

Por razones estratégicas se ordenaba en la Ley I, tít. VII, lib. III, "que las fortalezas estén exemptas de edificios"... "y si hubiere casa, o edificio trescientos pasos al rededor de la muralla, o tan fuerte, que en una mayor distancia haga perjuizio, se demuelan, pagando de nuestra real hazienda al dueño lo que montare el daño y perjuizio, que huviere recibido".

Quizás deban también ser recogidas en esta sección la Ley XLIV, tít. XXXIV, lib. II, que disponía "que los Visitadores puedan ocupar las casas que les pareciesen, para sus personas y familias....., con calidad de que paguen el justo precio y no despojen a los dueños si las quisieren habitar"; la LXXVIII, tít. XVI, lib. II, que ordenaba "que los Oidores, Alcaldes y Fiscales no tomen ni ocupen las casas contra la voluntad de los dueños, y la II, tít. XXIX, lib. IV, donde se ordenaba "que si fuesse necesario alquilar casa para fabricar moneda, sea pagada conforme a esta ley".

Finalmente, debemos recordar también ahora cómo, según Solórzano, se podía "entrar a buscar venas de metales, o canteras de piedras en predios i possesiones ajenas, aunque sea contra la voluntad del dueño de ellas".[121]

b) Embargos y confiscaciones

Aparte de las innumerales Reales Cédulas que podrían citarse, sancionadoras de ciertos delitos con la pena de confiscación de bienes, hemos de destacar ahora un núcleo considerable de disposiciones legislativas atestiguadoras de la frecuencia con que la Corona, para solventar agobios económicos del momento, acudía al expeditivo procedimiento de embargar o confiscar bienes de particulares. Bien es verdad que casi siempre se declaraba el más

[121] *Política Indiana,* lib. VI, cap. I.

firme propósito de indemnizar cumplidamente en su día a los perjudicados y se prometía no insistir en tamañas extralimitaciones.

Así, en una Real Cédula de 2 de agosto de 1501 se ordenaba que se pagase "el valor de perlas tomadas para S.S. A.A. a algunas personas de la nao de Cristóbal Guerra".

En otra Real Cédula de 31 de julio de 1539 se mandaba que con motivo de haber tomado el Rey diversas partidas de oro y plata a iglesias, monasterios, hospitales y particulares para atender a los gastos de formación de una Armada contra el turco, se diese a los interesados carta de pago con toma de razón de lo que se les confiscó "para quen aquella cantidad se les diese uno perpétuo a razón de treinta mill maravedís cada millar".

Muy solemnemente declaraba el Rey, en Cédula de 14 de junio de 1621, haber dado orden —puesta ya en ejecución— de que se pagase a los particulares perjudicados ciertas cantidades —con su intereses— de que la Corona se incautó para atender a apremiantes necesidades, y prometía, por su "fee y palabra Real, que en ningún tiempo ni por ninguna causa ni ocasión, por urgente que sea, se les tomará más a sus haciendas; sino que luego que llegasen a estos Reynos se les entregará a sus dueños enteramente y sin dilación".

A pesar de esta declamatoria promesa, todavía tenía necesidad el Rey de declarar, en 10 de abril de 1643, que "a sido preciso de algunos años a esta parte llegarme a baler de la plata de particulares, que a benido de las Indias, unas bezes por vía de préstamo, y otras por trueque a la moneda de vellón"; y ante el retraimiento que esto había originado en el comercio, "aunque se a dado satisfacción a sus dueños en la forma que mexor se a podido", se reiteraba que tales confiscaciones no se repetirían.

En la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 se declaraba de una manera general que no se secuestrasen ni se embargasen bienes "sino en los casos que las leyes disponen".

A los compradores de plata no se les había de embargar la procedente de Indias ni se les había de pedir los libros "sin auto

en adoratorios, y santuarios, sin descubridor, y assi mesmo las tierras, ganados, chaxquizas, joyas, y otras cosas que eran de los Yngas, y del Rayo y Sol, y estaban dedicadas al servicio de los ídolos". El Rey, en Cédula de 1575, salió al paso de tales pretensiones, reivindicando sobre estos bienes los derechos de la Corona.[107]

Se discutió entre los teólogos la licitud de las exploraciones para descubrir supuestos tesoros en los enterramientos de los indios, dado el carácter sagrado de estos enterramientos. El Concilio II de Lima, celebrado en 1567, se pronunció en contra, ordenando bajo pena de excomunión "que no se desbaraten las sepulturas de los indios aunque sean infieles". Este mismo criterio prohibitivo había sido sostenido antes por el Padre Las Casas y otros tratadistas. Juan de Solórzano, defensor siempre del punto de vista más favorable al *regalismo*, sostuvo que en el Supremo Concejo de las Indias "nunca se ha dudado que sean lícitos estos descubrimientos, aunque en consecuencia de ellos suceda que también se descubran, y desentierren los cuerpos de los indios muertos, que están en las dichas Huacas, como essos se buelban luego a enterrar, y a acomodar como antes estaban".[108]

2. *Sobre la propiedad privada de los oficios públicos en las Indias.*

Ya hemos visto que, según la doctrina de la época, la institución y provisión de oficios públicos fue considerada como una de las *regalías* vinculadas en la Corona de Castilla, de la cual hicieron uso los monarcas recompensando con estos oficios a sus vasallos beneméritos, unas veces con concesiones de carácter vitalicio o por un número determinado de años, otras por dos o tres vidas y otras a perpetuidad.

Ya hemos visto también que, en tiempos de Felipe II, se acordó, para subvenir a las necesidades del Tesoro público, "que se vendiessen todos los oficios que no tuviessen jurisdicción. Y por que ya estabban vendidos

[107] Véase Solórzano, *ob. cit.*, lib. VI, cap. v.
[108] *Política Indiana*, lib. VI, cap. v.

algunos de pluma, se executasse en los demás, y se criassen los que conviniesse para el mismo efecto".[109]

Estos antecedentes históricos explican que en torno a la propiedad privada de estos oficios públicos se desarrollase todo un cuerpo de doctrina jurídica para fijar las facultades dominicales de sus poseedores.

Se hizo constar a estos efectos: que de los oficios vendibles no se pudiera pedir rescisión por *lesión* en el precio,[110] y que no se pudieran gravar con censos y otras cargas, porque "aunque los poseedores de los oficios vendibles y renunciables tengan el dominio útil, con las limitaciones que prescriben las leyes, no se hallan autorizados para disponer de ellos a su arbitrio, como de cualquiera otra finca de su patrimonio, por conservar siempre mi Corona el dominio directo, con un derecho espectativo de reversión de ella, por causas diferentes que puedan sobrevenir".[111]

Al admitirse que los tenedores de estos oficios pudieran renunciarlos en favor de otra persona mediante el pago de los derechos fiscales establecidos, se señalaron como requisitos necesarios para la validez de estas trasmisiones mediante renunciación, los siguientes: que el renunciante sobreviviera durante veinte días; que la renuncia se hiciera por escrito; que se renunciase a favor de persona capaz por su edad y sin impedimento "para poder tener y servir el oficio"; que la renunciación recayera "en persona digna y hábil". De estos cuatro requisitos —advierte el tratadista León Pinelo en la obra arriba citada— los dos primeros "inducen irreparable nulidad"; los otros dos "son más dispensables".

Cuando para defraudar a la Hacienda pretendieran renunciante y renunciatario —y de acuerdo con ellos los testigos al efecto requeridos— señalar al oficio renunciado un precio notoriamente inferior a su valor,

[109] Véase Antonio de León Pinelo, *Tratado de las confirmaciones reales...* (edición facsimilar por el Instituto de Investigaciones históricas de la Universidad de Buenos Aires).

[110] Real Cédula de 1602. *Archivo General de Indias*: 139-1-4, lib. XXXII, folio 52.

[111] Real Cédula de 15 de octubre de 1787, Pérez y López, *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, t. XXVI, p. 226.

debían los Fiscales reclamar para el Estado el oficio de referencia pagando al renunciante la mitad o los dos tercios, según los casos, del precio fraudulentamente establecido.[112]

Con respecto a los oficios que hubieren sido comprados "por Ciudades, Villas y otras Comunidades de las Indias", se había de obligar a éstas "a que cada una señale persona cierta, y determinada, en cuya cabeça corra el riesgo de la vida, para que vaquen y se cobren los tercios, y mitades". Se advertía en la Recopilación de 1680 que en lo sucesivo no se vendiesen oficios a estas personas jurídicas.[113]

Un último punto que interesa recoger es el relativo a si por deudas de sus propietarios podía llegarse al embargo y ejecución judicial de los oficios públicos. Una Cédula Real de 21 de noviembre de 1603 resolvió esta cuestión afirmativamente, siempre que el ejecutado careciese de otros bienes con qué pagar, y con la condición, además, de que el nuevo rematante no fuera menor de edad, ni sirviera el oficio por medio de tenientes ni otras terceras personas y lo poseyera y disfrutara solo "por los días y bida de la persona cuio hera el oficio quando se bendió, de que a de mostrar testimonio y rrecaudo suficiente de cómo es bibo en principio de cada año".[114]

En una Real Cédula de 15 de octubre de 1787 se condicionó todavía más el posible embargo de los oficios públicos, declarando que no pudiera embargarse más que la tercera parte de emolumentos y sueldos de los tales oficios por las deudas de sus poseedores.[115]

3. *Sobre la propiedad intelectual e industrial en los territorios de las Indias.*

No se encuentran, en las fuentes del derecho indiano, normas jurídicas reguladoras de esta materia a lo largo

[112] Véanse las leyes del tít. XXI, lib. VIII, de la Recopilación de 1680.

[113] Véanse las leyes del tít. XX, lib. VIII, de la Recopilación de 1680.

[114] *Colec. de Docs. Inéds. del Arch. de Ind.* T. XVII, p. 351.

[115] Pérez y López, *ob. cit.*, T. XXVI, p. 226.

En los repartimientos de tierras se prevenía que se había de tomar posesión de las tierras repartidas dentro de tres meses, y se habían de hacer en ellas plantíos so pena de perderlas.

A los Virreyes, se les advertía que hiciesen "sacar los ganados de las tierras de regadío y se siembren de trigo..., si no tuvieren los dueños títulos para tener estancias desta calidad".

Los ejemplos de disposiciones prohibitivas de determinados cultivos podrían multiplicarse todavía más. Baste recordar que en la Recopilación de 1680 se consagraba todo un título al regulamiento de las llamadas rentas estancadas, y que entre éstas figuraban las procedentes de ciertos cultivos, cuyo aprovechamiento se reservaba la Corona para explotarlos directamente o por arrendamiento.

Algunas de estas prohibiciones fueron abolidas con el tiempo. Así, en la Ley IV, tít. VIII, lib. IV, de la propia Recopilación de 1680, se estableció que se pudiera sembrar tabaco "en las Islas de Barlovento y otras partes"; condicionando este permiso con la obligación de conducir derechamente a Sevilla "todo el tabaco que no se consumiese y huviese de sacarse de cada Isla, o Provincia donde se cogiere".

No todas las prohibiciones de ciertas clases de cultivos tuvieron por causa un interés exclusivamente fiscal. Algunas hubo motivadas por otras razones diferentes. Tal ocurrió, por ejemplo, con el cultivo de la vid. Pero con referencia concreta a esta prohibición, como quiera que, a pesar de ella, se plantaron viñas en Indias, el legislador, ante el hecho consumado, aun cuando ratificó la prohibición para lo sucesivo, dispensó las plantaciones hechas mediante el pago de una composición.[125]

f) Intromisiones del Poder Público en la manera de beneficiar estancias de ganados

En la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 se establecía a este respecto "que no se saquen ganados de una provincia para

[125] Consúltense las citas en mi estudio, *El derecho de propiedad en la legislación de Indias*, pp. 92-93.

otra; que no se den licencias para matar vacas, ovejas ni cabras; que el Presidente de Santo Domingo dé con recato las licencias para matar ganados y hazer cueros".

Al declarar en términos generales que los pastos, montes, aguas y términos de Indias fueran comunes, se advertía con respecto a los ganados que "cada hato de ganado tenga de término una legua en contorno, para que dentro de ella otro ninguno pueda hazer sitio de ganado, corral, ni casa, con que el pasto de todo ello sea así mismo común, como está dispuesto, y donde huviere hatos se puedan dar sitios para hazer ingenios, y otras heredades, y en cada assiento haya una casa de piedra, y no menos de dos mil cabeças de ganado: y si tuviere de seis mil arriba, dos assientos; y de diez mil cabeças arriba, tres assientos: y precisamente en cada uno su casa de piedra, y ninguna persona pueda tener más de hasta tres assientos y assí se guarde, donde no huviere título, o merced nuestra, que otra cosa disponga".[126]

7) Normas procesales que afectaban al derecho de propiedad.

Parece oportuno recoger aquí algunas disposiciones legislativas donde se contienen normas reguladoras de la ejecución judicial por deudas, en ciertas clases de bienes radicados en Indias.

Como norma general se establecía "que en las execuciones contra vezinos, descubridores, pobladores, y encomenderos, se guarde el derecho de estos Reynos de Castilla". Pero aparte de las reglas excepcionales sobre esta materia que contenían las ordenazas y leyes sobre descubrimiento nuevo y población, en la propia Recopilación de 1680 se recogían ciertos principios de excepción para favorecer determinados cultivos o industrias. Así, se mandaba que, salvo por deudas contraídas con el Fisco, no se pudiera hacer ejecución judicial "en canoas de perlas, y su aviamiento, haviendo otros bienes"; "en los ingenios de moler metales, ni sus avíos", ni "en ingenios de azúcar"; si bien con respecto a estos dos últi-

[126] Consúltense las citas en mi estudio, *El derecho de propiedad en la legislación de Indias*, p. 94.

mos se añadía que se podría "hacer execución en todo un ingenio de moler metales, y fábricar azúcar, si la deuda montare todo el precio" y el deudor no tuviere otros bienes, "dando la persona en quien se rematare fianças llanas de conservarlo entero, bien reparado, moliente y corriente, como lo tenía el deudor".

Tampoco se podía hacer "execución en armas, y cavallos, sino en defecto de otros bienes".

Con respecto a los dueños de minas, se ordenaba que fueran "favorecidos, y en las execuciones reservados los instrumentos del mineraje".[127]

8) Los indios y el derecho de propiedad.

a) La propiedad de la tierra entre los indios

Hemos visto que, salvo aquellos casos excepcionales en que la esclavitud de los indios estaba permitida y dejando a un lado los innumerables abusos que se cometieron, abiertamente unos, encubiertos con los servicios personales tolerados por la ley los más, fueron los indios considerados casi desde el primer momento y sin interrupción como hombres libres, vasallos de la Corona de Castilla. Consecuencia natural de este postulado fué que en el terreno de los principios se reconociese a los indios sometidos amplia capacidad para poseer, disfrutar y disponer de bienes de distinta naturaleza, aunque condicionando el libre ejercicio de este derecho con diversas limitaciones.

Concretándose de momento a la propiedad de la tierra, era incuestionable en este punto la absoluta capacidad de los indios para poseerla y beneficiarse con su cultivo, puesto que son muy abundantes las disposiciones reales dictadas para que en los repartimientos de tierras a conquistadores y pobladores españoles no se tocasen aquéllas que estuvieran poseídas individualmente por los indios sometidos. Aparte de estos preceptos legales, no faltan

[127] Consúltense las citas en mi estudio, *El derecho de propiedad en la legislación de Indias*, p. 95.

otros testimonios que acreditan en ciertos casos la observancia de estas costumbres.

En la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 se ordenaba de un modo general: "que a los Indios se les dexen tierras... con sobra de todas las que les pertenecieren, assí en particular, como por Comunidades, y las aguas, y riegos; y las tierras en que hubieren hecho azequias, o otro cualquier beneficio, con que por industria personal suya se hayan fertilizado, se reserven en primer lugar y por ningún caso no se les puedan vender, ni enagenar, y los juezes, que a estos fueren enviados, expecifiquen los Indios que hallaren en las tierras y las que dexaren a cada uno de los tributarios, viejos, reservados, Caciques, Governadores, ausentes y Comunidades".

Al regular las formalidades que debían observarse en los repartimientos de tierras para evitar que los indios fueren perjudicados en lo que venían poseyendo, se mandaba que los Fiscales compareciesen en su nombre para representarles y defenderles.

También cuando se determinaba la política a seguir para lograr que los indios fueran reducidos a vivir en poblaciones, se ordenaba expresamente que no se les quitasen las tierras "que antes huvieren tenido".

Finalmente, se prevenía con el mayor rigor, que no se admitiera composición de tierras "que huvieren sido de los Indios".[128]

No es sólo que en términos generales debía respetarse a los indios la propiedad de las tierras que cultivaban, sino que desde los primeros tiempos aparecen reales disposiciones ordenando que se hicieran también repartimientos de tierras a los indios que careciesen de ellas.

Y así, en una Instrucción de 29 de marzo de 1503, se disponía entre otras cosas que los indios vivieran reunidos en lugares y se señalasen a cada uno de ellos heredades propias.

A los famosos frailes Jerónimos se les encargó, en 18 de sep-

[128] Leyes XVIII, tít. XII, lib. IV; XXXVI, tít. XVIII, lib. II; XVI, tít. XII, lib. IV; IX, tít. III, lib. VI, y XVII, tít. XII, lib. IV de la Recop. 1680.

tiembre de 1516, que se formasen pueblos de indios con término apropiado "dando de lo mejor a cada uno de ellos, parte de tierra donde puedan plantar árboles e otras cosas, e hazer montones para él e para toda su familia, más o menos, segund la calidad de la persona e cantidad de la familia, e al cacique, tanto como a quatro vezinos"...

En unas Ordenanzas de las minas de Guamanga, se mandaba que a los indios que se repartiesen para trabajar en las referidas minas, se les había de señalar "sitios y lugares donde hagan sus rancherías y casas, en que residan los dichos indios en la cantidad que pareciera conveniente para ello; de los quales se les dé posesión en forma, y sean amparados en ella, y los posean por cosa suya propia, como los españoles a quien están señalados solares en el dicho asiento".

La Recopilación de 1680 sanciona de una manera amplia esta doctrina al disponer en la Ley XIV, tít. III, lib. VI, que "a los Indios se havrán de señalar, y dar tierras, aguas y montes"; y en la Ley LXIII, tít. II, lib. III, que "repartan las aguas a los Indios, para que rieguen sus chacras, huertas y sementeras, y abreben los ganados".

b) Facultades dominicales de los indios sobre las tierras que poseían

No podían ejercitar sobre las mismas un verdadero dominio. Precisamente por ser considerados los indios, jurídicamente, como personas necesitadas de cierta tutela, es por lo que con ánimo de favorecerles se impusieron ciertas trabas al libre ejercicio de sus facultades dominicales sobre las tierras de su propiedad.

Que podían enajenar sus bienes raíces lo atestigua un muy antiguo "Aranzel, por donde manda el Rey e la Reyna nuestros señores que se pague e cobre los diezmos e primicias en la ysla española e en las otras yslas e tierra firme del mar océano", en el cual se leía: "sy algún cristiano vende su tierra o sus viñas o huerta o olivar o otra qualquier heredat a algund yndio o el yndio al cristiano"...; pero que en interés de los propios indios se esta-

[139] Consúltense las citas en mi estudio, *El derecho de propiedad en la legislación de Indias*, pp. 115-116.

bleció desde los primeros tiempos que esta potestad de enajenar no pudiera ejercitarse libremente, lo comprueba a su vez una Instrucción de 20 de marzo de 1503, en la cual se mandaba al Gobernador, entre otras cosas, que "non consienta que los dichos yndios vendan nin troquen con los dichos christhianos sus bienes nin heredades por menta nin por otras cosas semexantes e de poco valor, como fasta aquí se a fecho, e que quando algo les comprasen, sea por precio xusto e trocándoselo a rropas para su vestir, que valgan la mitad de los que ansí vendieren a vista del dicho Gobernador o de las personas quél para ello nombrare".

Al almirante Don Diego Colón, en unas Instrucciones de 9 de mayo de 1559, se le ordenaba también que no consintiese el que los indios pudiesen vender ni trocar sus heredades "e quando no se podiere escusar que non las vendan, que procuren que las vendan por xusto valor".

En la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 se sanciona, fundamentalmente, esta misma doctrina. Se consiente que los indios puedan vender sus haciendas, pero se exige, para que estas ventas tengan validez, la intervención de las autoridades del lugar. Con referencia exclusiva a las tierras que, según vimos, se habían de señalar a los indios llamados de *mita*, se disponía que sobre ellas no habían de tener los indios "dominio, ni possesión, sino solo el derecho, que le da esta ley, a tenellas con casa, mientras durare en el Indio esta obligación a assistir y dar la *mita* referida, sin que pueda el Señor de la estancia quitar, ni trocarle las tierras, que en la primera visita de estancias le señalará el Corregidor del Partido".

No sólo podían los indios ser propietarios de tierras en las condiciones que quedan reseñadas, sino que también, con respecto a la propiedad de las minas, se declaraba en distintas leyes de la Recopilación de 1680 que fueran los indios equiparados a los españoles. Análoga doctrina se registra en punto a los hallazgos de tesoros y en punto a las pesquerías de perlas.[130]

[130] Leyes I, XIV, XV y XVI, tít. XIX, lib. IV; IV, tít. XII, lib. VIII, y XXX, tít. XXV, lib. IV de la Recop. de 1680.

Ya hemos visto, por otra parte, al tratar de los pueblos de indios, la importancia que en ellos tuvieron los bienes comunales y el papel económico que jugaron las llamadas "Caxas de Censos y bienes de Comunidades". A la regulación de éstas se consagra en la Recopilación de 1680 todo el tít. IV del libro VI. Del conjunto de sus disposiciones se desprende que las rentas que estos bienes producían se habían de gastar en beneficio del común de los indios y en la satisfacción de los tributos que sobre los mismos pesaban. Su administración corría a cargo de los Oficiales Reales, y para conocer de los pleitos que sobre estos bienes pudieran suscitarse se crearon Juzgados especiales, integrados por un Juez oidor, un Escribano y un Alguacil. Donde no hubiera Oficiales Reales, la cobranza se defería a los Gobernadores o Corregidores, quienes debían hacer entrega de lo cobrado a los Depositarios generales, dando cuenta inmediatamente a los Oficiales Reales que residieran en el lugar más próximo. Repetidas veces, y con el mayor rigor, se pena a los Corregidores que distrajeren bienes pertenecientes a las Cajas de las Comunidades de los indios. Todavía podrían señalarse otras leyes dispersas interesantes para esta materia, entre las cuales merece destacarse la IX, tít. XXXI, lib. II, que establecía: "que el Oidor procurare que los indios tengan bienes de comunidad".

c) Reales disposiciones correctoras de abusos cometidos contra el derecho de propiedad de los indios

Hasta aquí la condición jurídica de la propiedad entre los indios, según resulta de los preceptos legales. La realidad debió corresponderse muy poco con la doctrina. Ya hemos visto hasta qué punto les fué discutido a los indios, incluso en el terreno legal, el derecho a su libertad personal. Jurídicamente fueron hombres libres, dejando aparte las excepciones antes apuntadas; pero se les compelía a la prestación de determinados servicios personales, alguno de ellos tan gravoso como el de la *mita*. En tales circunstancias, ¿cómo imaginarnos a los indios poseyendo tierras

en un plano aproximado de igualdad con los otros propietarios españoles, y mucho menos beneficiando minas en provecho propio? Se respetaría a los indios la propiedad de sus tierras sólo en tanto constituyeran éstas un medio para satisfacer con el fruto de su cultivo los impuestos que venían obligados a pagar a sus encomenderos o a la Corona. Por eso, más que como señores, deben ser considerados como siervos de la propia tierra que labraban. Cuando la tierra por ellos poseída adquiría un valor económico suficiente para tentar la codicia de los conquistadores, pronto surgía la detentación violenta o solapada que privaba a los indios de su derecho, tantas veces sancionado por la ley.

Y no es esto una simple conjetura, basada en un mero supuesto. Abundan los testimonios que acreditan la frecuencia de estas violaciones. Ya en una Instrucción al Presidente de la Audiencia de México de 12 de julio de 1530, se le ordenaba que "las tierras y solares que hallaredes que los dichos Presidentes y Oydores han tomado de hecho de los Indios se las hagays luego tomar y restituyr; y las que hallaredes que huvieren comprado dellos queriéndolas los dichos indios tornar a comprar y deshacer la venta, tornándoles el dicho precio que dieron por ella, se lo hagais luego volver, sin consentir que en ello haya dilación ni cautela alguna, y para eso les haced requerir a los dichos indios". El Supremo Consejo de Indias, en un Parecer dado el 8 de noviembre de 1536, sobre los remedios que debían seguirse en la administración de aquellos territorios, proponía, entre otras cosas, que ante todo "no sean quitadas a los indios sus propias heredades, queriendo ellos cultivarlas y trabajar en ellas".

Unos vecinos indios de Tlatelulco, descendientes de antiguos señores, en carta escrita al Rey el 1º de febrero de 1537, declaraban estar en posesión de las tierras y casas de algunos pequeños pueblos, y pedían ser amparados en esta posesión ante el temor de más que posibles abusos de algunos españoles.

A los defensores de indios, en Instrucción dictada el año 1574, se les recordaba que "por quanto que de las tieras que se an ven-

dido de los dichos Yndios y de las que vendieren de aquí en adelante por no tener necesidad dellas y de algunas restituciones que se an hecho, los dichos naturales tienen censos impuestos sobre heredades de españoles y no tienen cuydado de la cobrança"...

Los caciques e indios naturales de Suchinilco, en carta dirigida al monarca el 2 de mayo de 1563, alegaban los servicios prestados desde el principio de la conquista de México, Pánuco y Salixco, al Marqués del Valle y al Adelantado Alvarado, y pedían la restitución de sus derechos y posesiones de que habían sido despojados.

En una Real Cédula de 12 de julio de 1600 declaraba el Rey: "He sido informado que muchas Provincias dese Reyno y lugares de indios, están despoblados y se van despoblando y que una de las causas desto es averles quitado y vendido a los yndios sus tierras, sin dexarles las que an menester, ni dándoles otras tales o tan buenas, como expresamente se ordenó esto por Cédula de los arbitrios".

Por último, para no citar más ejemplos, todavía, en la Recopilación de Leyes de Indias de 1680, se encuentran diversas leyes que, al amparar a los indios en la propiedad de sus bienes contra abusos cometidos por particulares o autoridades, confirman una vez más, de manera indirecta, la tesis expuesta.[131]

d) Doctrina de los juristas

Opinaba Juan de Solórzano que los indios, desde el punto de vista del derecho de propiedad, debían ser considerados como aquellas personas designadas según la tecnología jurídica de la época con el nombre de *miserables,* y de aquí que no pudieran disponer por contrato "de bienes raíces, o de otras cosas de precio i estimación sin especial intervención y consentimiento de su protector general, o del particular, que se les suele señalar en seme-

[131] Consúltense las citas en mi estudio, *El derecho de propiedad en la legislación de Indias,* pp. 118-120.

jantes casos; i que además de esto, ayan precedido treinta pregones, en treinta días para la venta de los raíces, de nueve en nueve para la de los muebles o semovientes". En cambio, se les exigían menos solemnidades de las ordinarias, para disponer de sus bienes por testamento.

Otro problema jurídico que Solórzano plantea es el siguiente: ¿Qué ocurriría con la propiedad de las tierras, aguas y pastos de los pueblos o reducciones de indios, si quedasen despoblados por huir sus habitantes o como consecuencia de alguna epidemia? En su concepto, no hay duda de que los indios que huyeren de sus reducciones perdían la propiedad de las tierras que les habían sido repartidas, y no podían reivindicarlas, "ni disponer de ellas en particular", como ocurría con los solariegos de Castilla. Advierte, no obstante, que no se debe extremar el rigor en estos casos, porque los indios, al efecto de ser amparados en la posesión de sus tierras, debían ser equiparados a los menores.

Los encomenderos pretendieron tener derecho a las tierras de sus indios que por cualquiera de las causas expuestas quedaran vacantes; pero nuestro autor advierte que semejante pretensión no prosperó porque "el tributar los indios a sus encomenderos, no les da dominio alguno sobre sus personas i haziendas". Procedía, por tanto, la reversión a la Corona, ya que el Rey, en virtud de su dominio eminente y universal, "tiene fundada su intención en todas las tierras vacantes de sus Reinos".

El licenciado Matienzo, en su conocido libro *Gobierno del Perú,* dedica algunas páginas al estudio de la regulación jurídica de la propiedad entre los indios.

Con referencia a las tierras que debían repartírseles, dice que podrían ser formadas las siguientes leyes:

"3—Item que en uno o dos pagos o más, los más comarcanos y mejores, señale y dé a cada indio dobladas tierras de las que tuviere necesidad, y les haga entender que son suyas propias, que nadie se las puede quitar.

"4—Que averigüe las tierras que tienen los caciques y principales y el título que tienen a ellas y quanto tiempo ha que las

poseen, y teniendo justo título se las dexen por suyas, y si aquéllas no bastaren o no tuvieren ninguna les dé tierras competentes para sus chácaras y sementeras conforme a lo que cada uno huviere de menester.

"5—Item que dexe una buena chácara para la comunidad, para las necesidades que en común les ocurrieren a los indios y que éstas tengan su topo o medida.

"7—Item que las tierras que así se adjudican a los indios no se puedan vender a los españoles, si no a otros indios, y entonces la venta se haga con autoridad del Corregidor o Protector, y no de otra manera.

"8—Item se procure que los indios de comunidad tengan ganado vacuno para arar las tierras y tengan rejas de hierro y adereços para ello de comunidad para prestarlo a los pobres."

Recomendaba también Matienzo que si al repartir tierras y solares a los españoles en la fundación de un pueblo, fuera necesario tomarles algo a los indios, se les indemnizase con cosas de análogo valor.[132]

9) Las encomiendas de indios desde el punto de vista del derecho de propiedad.

El carácter de las encomiendas de indios, así como los momentos más importantes que deben ser destacados en su evolución histórica, han sido suficientemente expuestos en páginas anteriores de este estudio. Ahora lo que nos interesa examinar son los perfiles jurídicos que esta institución presenta desde el punto de vista del derecho de propiedad.

Con acierto hizo notar Solórzano que en sus tiempos —superada ya la etapa histórica de las *encomiendas de servicios personales* y sustituídas éstas por las *encomiendas de tributos*— no podía dudarse de que la encomienda implicaba sólo "un derecho de percibir los tributos de los indios por merced Real". En consecuencia, "ni en los tributos ni en los indios, no tienen los enco-

[132] SOLÓRZANO, *Política indiana,* lib. III, cap. XXVIII y XXIV; MATIENZO, *Gobierno del Perú,* parte I, cap. III.

menderos derecho alguno en propiedad, ni por vasallaje; porque ésto plena, original y directamente, es de la Corona Real". Buscando analogías jurídicas de esta institución con otras del derecho castellano, sostiene que podrían ser considerados los derechos de los encomenderos como los del legatario enfiteuta y usufructuario. Quizás "el símil más adecuado que se puede dar a las encomiendas, añade, es el de las donaciones que el derecho llama modales".[138]

Diversas fuentes jurídicas del derecho indiano nos presentan las encomiendas como bienes inalienables. Por ningún título jurídico —enajenación, venta o traspaso— podía el encomendero transmitir a otro los indios que le hubiesen sido repartidos. Así lo atestigua una Real Cédula del año 1527, al corregir abusos cometidos en este orden de cosas, y su doctrina es sancionada expresamente en otra Real Cédula de 10 de junio de 1540 e incorporada finalmente a la Recopilación de Leyes de Indias de 1680, donde literalmente se declaraba a este respecto "que no se puedan encomendar indios por donación, venta, renunciación, traspaso, permuta ni otro título prohibido".

Tampoco podían los encomenderos alquilar ni prestar los indios de sus repartimientos", so pena de perdimiento de los dichos indios y mitad de sus bienes", ni darlos en prenda.

Otra condición jurídica de las encomiendas, que afectaba al derecho de propiedad sobre las mismas, era la de ser indivisibles.

Por último, aun cuando la encomienda era algo que se poseía sin más título jurídico que la liberalidad del Rey, estaba ordenado que a ningún encomedero pudieran quitársele sus indios sin ser primero "oydos y vencidos por derecho", y sólo por delito "que tenga perdimiento de bienes".

Juan de Solórzano comenta ampliamente todas las cuestiones que sobre la aplicación de estos preceptos legales hubieron de plantearse. En su opinión, a pesar de la prohibición establecida sobre préstamos y arrendamientos de los indios encomendados, cuando "no se tratasse de empeñar los mesmos indios, o el dere-

[138] *Política indiana,* lib. III, cap. III.

cho de la encomienda, sino de los tributos, frutos, o réditos, que de ella se sacan", era incuestionable "que los encomenderos los podrán obligar, i así se practica cada día i se les embargan por lo que deben por mandado de las justicias".

Ahora bien, esta facultad se había de "entender i limitar de modo, que aunque valga tal prenda o hipoteca convencional o judicial sobre los frutos i réditos de la encomienda, no ha de durar más de lo que el goze que pueda tener en ella durare al que assí los empeña, o por cuya causa se embargan, porque en acabándose, también quedarán ellos libres, sin que passe tal carga al que por providencia de la ley sucediere o entrare de nuevo en la encomienda".

Todavía, sobre esta misma cuestión, añade que estos embargos sobre frutos y rentas de encomiendas sólo podían hacerse "quando no se hallen otros bienes de sus posseedores sobre que caigan, i dexándoles cóngrua de que puedan sustentar".

Hemos visto anteriormente que las encomiendas no podían cederse ni traspasarse a un tercero. Solórzano, lógico con la doctrina sentada, opina que esta limitación no impedía el que pudieran cederse los frutos por un plazo de tiempo que no excediese en duración a la vida del encomendero cedente.

Tampoco podía la encomienda enajenarse por causa de dote. Pero la mujer encomendera podía aportarla como tal al matrimonio; y el padre cuya hija hubiera de sucederle en la encomienda, podía hacerle dejación de la misma a título de dote o aumento de dote.

Finalmente, como última cuestión que nos interesa recoger, figura la que Solórzano plantea al preguntarse si las encomiendas podrían adquirirse y perderse por prescripción. Una distinción era necesario hacer a este respecto: que la prescripción se alegase contra el Rey, "que es el señor directo de todas las encomiendas" o que fuera alegada por un particular contra otro. En el primer caso "no procederá ni tendrá lugar sin que ayan passado treinta años, i aun ciento, según la opinión de algunos"; en el segundo caso "bastará que intervenga a tiempo largo, conviene a saber

diez años entre presentes i veinte entre ausentes, precediendo título i buena fé". Esta prescripción contra un encomendero que lo fuere en primera vida no podrá perjudicar al sucesor.[134]

Otro jurista indiano de gran autoridad, Antonio de León Pinelo, ofrece en su *Tratado de las Confirmaciones Reales* una amplia sistematización de las diversas causas que producían incapacidad para ser encomenderos, señalando, en consecuencia, como personas incapacitadas las siguientes:

1º Los hijos con respecto a la encomienda en que su padre hubiera sido poseedor en última vida.—Es ésta, como se ve, una incapacidad relativa, que no impedía que los afectados por ella pudieran poseer cualquiera otra encomienda. Se estableció solamente para evitar que de una manera encubierta se sucediera en una misma encomienda por más vidas de las señaladas en la ley.

2º Los miembros del Consejo dé Indias.—Opinaba Pinelo, con respecto a esta prohibición, que fué establecida "más por exemplo que por necesidad".

3º Los Virreyes, Presidentes, Oidores, Alcaldes del crimen, Fiscales, Contadores de Cuentas, Oficiales Reales, Gobernadores "ni otros Ministros de Justicia, o Hazienda Real".

No debían ser comprendidos dentro de esta prohibición los Tenientes de Gobernadores, Corregidores ni Alcaldes Mayores. Incluso los mismos Gobernadores estaban exceptuados de ella cuando, en virtud de capitulación, hubieren fundado y poblado tres ciudades, una provincial y dos sufragáneas, pues en tales casos, como recompensa a sus servicios, podían "escoger para sí por dos vidas, un repartimiento de indios en el distrito de cada ciudad, que poblare de españoles, i el que escogiere, después mejorarle en otro que vacare".

En cambio se consideraban incluídos dentro de esta incapacidad no sólo los funcionarios nombrados, sino también "todos sus

[134] Consúltense las citas en mi estudio, *El derecho de propiedad en la legislación de Indias*, pp. 105-107.

parientes, dentro del quarto grado, y sus criados, familiares y allegados de sus casas, en la misma forma". Pero, para mitigar la injusticia que la rigurosa aplicación de este precepto podía ocasionar, se establecieron dos excepciones: *a)* "que no se entendiesse con los hijos, deudos o criados de Oydores, o Ministros muertos"; *b)* "que no comprehendiese hijos y nietos de conquistadores, o pobladores".

Todavía con respecto a los Oficiales Reales, si bien la prohibición de poseer encomiendas alcanzaba igualmente a sus hijos, se dejaba a salvo el caso de que se tratase de encomiendas concedidas a éstos "después que estuvieren casados i vivieren de por sí".

4º Los Prelados, Yglesias, Monasterios, Hospitales, Cofradías, Casas de Religión y Clérigos.—Advierte Pinelo oportunamente, comentando esta incapacidad, que tanto estas personas eclesiásticas, como "muchos de los ministros seculares que oy no pueden tener indios, los tuvieron en los principios; hasta que por las nuevas leyes, i por otras órdenes en su cumplimiento dadas, se los mandaron quitar, i se quitaron, e incorporaron en la Corona Real".

Por su parte, Solórzano, estudiando el mismo asunto, decía: "aunque esto es verdad, i procede regularmente... muchas vezes sucede, que nuestros piadosos Reyes, usando de su largueza, dispensan en que puedan tener encomiendas o pensiones de indios algunos Monasterios, especialmente de monjas, y hospitales de pobres, perpetuamente". Añadía, además, que para estos efectos no se tenía como tales personas eclesiásticas a los caballeros de las Ordenes militares; y que con respecto a los clérigos "se ha de entender de los de órdenes sacros, no de las menores".

5º Los mulatos y los mestizos.—Entendía Solórzano que esta incapacidad concurría sólo en aquellos de los mulatos y mestizos que además fuesen "ilegítimos, espúrios, o adulterinos"; pero Pinelo enumera la ilegitimidad de nacimiento como una causa aparte que podía presentarse o no, unida con la anterior. Uno y otro están conformes, sin embargo, en que estos hijos no legí-

timos eran incapaces para suceder en las encomiendas de sus padres, pero no para adquirirlas de nuevo por méritos propios.

6º Las mujeres.—La razón de esta incapacidad la expone Pinelo en los siguientes términos: "Las mujeres naturalmente son incapaces de tener indios: porque aviéndose introducido las encomiendas, no sólo para premios de servicios sino para protección de los indios i defensa de las provincias, que son tres fines o efectos principales... dado, que alguno de éstos fines se verifique en una, o en otra mujer, no se verificarán todos ni en todas". Pero a pesar de estas palabras, comentando el texto de la Real Provisión de 3 de agosto de 1546, que declaraba que las mujeres "no son hábiles, ni capazes de tener indios encomendados", después de advertir el propio Pinelo que "este es el texto único i singular, cuyas palabras enunciativas, no decisivas, suponen a las mugeres por incapaces de tener indios", añadía que "sin embargo, se guarda y se debe guardar lo contrario".

Fundamentaba este punto de vista con el hecho de que la ley de la sucesión en las encomiendas no excluía a la mujer. "Y aunque se replica —advierte— que para la primera (vida) quedaron inhábiles; i que así no se les pueden dar encomiendas, por el nuevo título i merced: a esto se satisface cō la razón i cō la práctica. Con la razón, porque no la ay, ni se hallan para que el capaz de la sucession en segūda vida, no pueda obtener en primera:... porque las cargas ni obligaciones no son mayores, ni diferentes en una que en otra... Con la práctica se comprueba esta resolución; porque en todas las Indias son admitidas mugeres en primera vida, por uso y costumbre de sus Provincias, no sólo tolerada, sino confirmada por el Supremo Consejo".

7º Los "estrangeros desta Corona de Castilla".—Con respecto a esta incapacidad atestigua Solórzano que era grande "la relaxación i disolución que en esta ha avido y ay, dándoles las mejores, con varios títulos y pretextos, i queriéndolos ya hazer i llamar naturales, por estar casados y domiciliados en aquella tierra, o

compuestos por la estrangería o por las cartas, que pretender aver sacado, de naturaleza".

Tal es el cuadro general de incapacidades que presenta Antonio de León Pinelo,[135] completado con algunas observaciones de Juan de Solórzano. Por su parte, este último autor añade a las expuestas, las siguientes:

1. Los "infantes, pupilos i menores de edad".—Se les admitía, no obstante, al goce de las encomiendas, siempre que fueran representados "por sus curadores, procuradores y sustitutos hasta tener edad legítima".

2. Los "españoles naturales de estos o aquellos reinos que no estuvieren presentes, i residentes, en la mesma provincia donde se ha de proveer la encomienda, al tiempo de su vacante".—Atestigua el propio Solórzano que esta prohibición se infringió repetidas veces.

3. Los "que en las alteraciones del Perú, se mostraron conocidamente secuazes de los que las ocasionaron, i a los que descendiessen dellos".— Fácilmente se comprende que esta prohibición rigió sólo un período de tiempo muy corto. Aun cuando Solórzano la mencione, en su época ya no se mantenía en vigencia.

4. Los que ya tuvieren otras encomiendas en su cabeza.—Ya hemos visto en las Capitulaciones de descubrimiento nuevo y población, que esta regla dejó de observarse con frecuencia al recompensar a los descubridores y nuevos pobladores.

En la Recopilación de Leyes de Indias de 1680[136] se confirma la doctrina sentada por estos dos ilustres juristas, en los propios términos que acabamos de exponer.

E. El derecho de obligaciones

Sobre el derecho de obligaciones en la legislación de Indias, no creemos que sea posible presentar conclusiones tan relativa-

[135] Véase *Tratado de las confirmaciones reales...*, parte I, caps. IX y X.

[136] *Política Indiana,* lib. III, cap. VI. Leyes XII, XIII, XIV, XV, XVIII, XIX y XXVI, tít. VIII, lib. VI; LIII y LV, tít. XLIV, lib. VIII, y XIII, tít. II, lib. VIII de la Recop. de 1680.

mente seguras como las que hemos formulado con respecto a las otras esferas del derecho privado. Nuestras investigaciones personales sobre la materia no han sido todavía suficientemente elaboradas. No conocemos, por otra parte, ningún estudio monográfico utilizable sobre este tema.

Salvada así, en principio, nuestra responsabilidad, nos decidimos a presentar los que consideramos como rasgos más significativos del derecho de obligaciones indiano, según resulta del examen de leyes contenidas en la Recopilación de 1680.

En esta Recopilación no se acusa un intento de construcción sistemática del derecho regulador de las obligaciones jurídicas en los territorios indianos. Ni sobre lo que podríamos llamar teoría de las causas o principios generales ni sobre las distintas figuras de contrato.

Sólo preceptos, más o menos esporádicos, resolviendo, con un criterio que se ajusta en lo posible a las viejas normas del derecho castellano, algunas situaciones de hecho creadas por las nuevas circunstancias de tiempo y de lugar.

a) Limitaciones a la capacidad de contratación de las autoridades coloniales.

Para evitar abusos más que posibles, dada la enormidad de las distancias y la dificultad de las comunicaciones, se restringe con el mayor rigor la capacidad de contratación de las autoridades coloniales y la de sus mujeres e hijos que permanecieran bajo su potestad: "expresamente prohibimos —se declara en la Ley LXXIV, tít. III, lib. III— a los Virreyes de nuestras Indias todo género de trato, contrato o granjería, por sí, o sus criados, familiares, allegados, ni otra cualquier persona directa ni indirectamente, en poca o mucha cantidad, por mar ni por tierra, ni el uno en las provincias del otro, pena de nuestra indignación, y de las demás que reservamos a nuestro arbitrio"... y todavía se amenazaba con "que para la averiguación sean bastantes probanzas las irregulares, como está ordenado en los cohechos y baraterías".

Con respecto a los Presidentes, Oidores y demás Ministros de las Audiencias se ordenó: que los Presidentes y Ministros de las

Audiencias no traten ni contraten ni se sirvan de los indios, ni tengan granjerías; que los Oidores, alcaldes y fiscales no tengan casa, chacras, estancias, huertas ni tierras; que los Ministros contenidos en la ley antecedente incurran en pena del precio de las estancias, huertas, casas o tierras que compraren, aunque las hayan vendido, y en otro tanto las personas en cuya cabeza hubieren estado; que los Ministros no puedan sembrar trigo ni maíz; que los Ministros no den dinero a censo; que la prohibición de tratar y contratar se entienda también para no tener canoas de perlas". (Leyes LIV a LIX, tít. XVI, lib. II.)

Esta prohibición de tratar y contratar los Ministros de las Audiencias "comprende a sus mujeres e hijos, estando en su potestad" —advertía la Ley LXVI de ese mismo título y libro; y en la LXIV se declaraba "que baste para averiguarlo probanza irregular".

A los fiscales se les ordenaba que tuvieran "cuidado de que se ejecute lo proveído sobre el tratar y contratar los Ministros"; y al propio tiempo se disponía "que los cargos de tratos y contratos pasen contra los herederos y fiadores, habiéndose contestado con los Ministros". (Leyes XXIV, tít. XVIII, lib. II, y XIX, tít. XV, lib. V.)

En la Ley XLVII, tít. II, lib. V se extendía esta prohibición de tratar y contratar a "los gobernadores, corregidores y alcaldes mayores y sus tenientes"; y en la XXXII, tít. XX, lib. III, a los alguaciles mayores.

A los Oficiales Reales se les ordenaba también "que no traten ni contraten con hacienda del Rey, ni propia, ni ajena, ni tengan parte en armadas ni canoas de perlas; que no beneficien minas ni ingenios; que no puedan tener granjerías ni traer dinero fuera de las cajas; que las mujeres e hijos de Oficiales Reales no puedan tratar ni contratar" (Leyes XLV a XLVIII, tít. IV, lib. VIII).

Tampoco podían tratar ni contratar los contadores de la Real Hacienda (Ley LIV, tít. I, lib. VIII) y los alcaldes mayores de minas (Ley I, tít. XXI, lib. IV). A estos últimos se les prohibía, además, "que compren ni rescaten oro, plata ni otros metales" y que tuvieran "compañía con dueño de minas, ni las descubran" (Leyes II y III, tít. XXI, lib. IV).

Un alcance menos general tuvieron las restricciones impuestas a otros funcionarios por razón de sus oficios. Así, a los oficiales de casas de moneda se les prohibía que "contraten en plata" (Ley XV, tít. XXIII, lib. IV); y a los alcaldes ordinarios y regidores que "traten en bastimentos" (Ley XI, tít. X lib. IV).

Los "Generales, Almirantes y otros oficiales y Ministros" de armadas y flotas, no podían contratar en las Indias ni durante los viajes (Ley CVII, tít. XV, lib. IX). Igual prohibición recaía sobre "el Presidente y Jueces de la Casa y los de Cádiz y de Canarias, y sus Ministros y Oficiales y Visitadores y sus criados" (Ley XXXII, tít. II, lib. IX).

Para corregir abusos que se habían denunciado, se ordenó "que el Piloto Mayor —de la Casa de Contratación— no haga instrumentos *ni los venda* a los pilotos de la carrera" (Ley III, tít. XXIII, lib. IX); y para defender a los indios de actuaciones dolosas de sus corregidores, se dispuso "que se ponga remedio en los tratos de los Corregidores con las cajas de comunidades" (Ley XXXIV, tít. IV, lib. VI).

b) Otras limitaciones a la capacidad de contratación: clérigos y religiosos; extranjeros.

Los clérigos y religiosos de las distintas Ordenes que, contraviniendo la doctrina civil y canónica sobre la materia, pretendieron lucrarse indebidamente con tratos y granjerías que les estaban prohibidos, fueron enérgicamente atajados en diversas leyes de la Recopilación: "que los clérigos no sean factores ni traten ni contraten" se dispuso, de manera general, en la Ley II, tít. XII, lib. I; y en la V del mismo título y libro se añadía: "que los legos por cuya mano trataren y contrataren los clérigos y religiosos, sean castigados por las justicias reales, y se dé noticia a los superiores de los clérigos y religiosos".

Corrigiendo abusos concretos, se prohibió a los clérigos que "tengan canoas en las granjerías de perlas" (Ley III, tít. V, lib. I); y a las religiones que "tengan pulperías, ni atraviesen las reses" (Ley LXXXII, tít. XIV, lib. I).

A los prelados de las Indias se les recomendaba que "castiguen conforme a derecho canónico a los clérigos y doctrineros culpados en tratos y granjerías" (Ley XLIV, tít. VII, lib. I); y a los Fiscales

de la Corona "que pidan lo que convenga sobre donaciones de clérigos a sus hijos y *tratos* y *contratos*... y ganancias que en ellos hubieren tenido contra lo dispuesto por los concilios provinciales" (Ley XXXII, tít. XVIII, lib. II).

Tampoco podían tratar ni contratr "los inquisidores, fiscales y oficiales salariados del Tribunal del Santo Oficio" (Ley XXIX, tít. XIX, lib. I).

La condición jurídica de los extranjeros, estudiada anteriormente, motivó la declaración de una nueva causa de incapacidad para tratar y contratar en las Indias, que tuvo acogida en diversas leyes de la Recopilación: tal ocurre con las Leyes XXIX, XXX y XXXI, tít. XXVII, lib. IX, y con las XIII, XIV, XV y XXXII, tít. XLI, lib. IX.

c) Restricciones en punto al *objeto* de la contratación derivadas de la política económica y fiscal.

De la política económica y fiscal seguida por el Estado español en las Indias en lo referente a las llamadas *rentas estancadas,* resultó un conjunto de leyes que afectaron al *objeto* de la contratación, ya que consideraron como *objetos* ilícitos muchas mercaderías que, de no haber mediado esos antecedentes fiscales, no hubieran sido incursas en esa condición, dados los principios generales de la doctrina sobre el derecho de obligaciones imperante en la época.

La Ley I, tít. XXIII, lib. VIII, ordenaba "que no se lleve azogue a las Indias, ni se comercie en ellas si no fuere por cuenta del Rey", al mismo tiempo que prohibía su reventa. También se estableció que hubiera estanco de la sal "a donde pudiera ser de provecho y sin grave daño de los indios", así como de la pimienta, de los naipes y del solimán (Leyes XIII, XIV, XV y XVI, tít. XXIII, lib. VIII).

Se prohibió, en cambio, el estancamiento de la cochinilla (Ley XVII, tít. XXIII, lib. VIII) y se decretó, en términos generales, "que no se pongan estancos en los vinos, frutas, ni otras mercaderías que se llevan de estos reinos, y lo dejen comerciar libremente, favoreciendo la contratación y comercio; y dado caso de que con-

venga formar algún estanco, preceda licencia del Rey" (Ley LXII, tít. VI, lib. IX).

Con respecto al tabaco, se advertía: "que... sin embargo de la antigua prohibición, ocasionada del comercio con los extranjeros enemigos de nuestra Real Corona... se pueda sembrar tabaco en las islas de Barlovento y otras partes, y traiga a Sevilla derechamente... el tabaco que no se consumiere, y hubiere de sacarse de cada isla" (Ley IV, tít. XVIII, lib. IV).

El intervencionismo del Estado Español en defensa de la economía peninsular, junto con otras razones de orden público, motivaron la prohibición de negociar determinadas mercaderías, en todas o en algunas comarcas de las Indias.

Así, en la Ley XV, tít. XVIII, del lib. IV, se estableció: "que en Panamá no entre ni se gaste vino del Perú". Añadiéndose en Ley siguiente del mismo título y libro: "... y todo (el vino) que se vendiere en las tabernas y pulperías sea de estos Reinos, sin mezcla de cocido... y así mismo mandamos que ningún pulpero, ni otra persona... pueda vender, dar ni llevar a la dicha ciudad ningún tabaco (por ser considerado el tabaco "como hierba prohibida y dañosa en la dicha ciudad y su tierra) ... Y permitimos que cada boticario pueda tener en su botica dos libras y no más".

Más claro se descubre el pensamiento del legislador español, a este respecto, en la Ley XVIII, tít. XVIII, del lib. IV, donde después de disponer "que en la provincia de Guatemala no se trajine ni contrate vino del Perú", se agrega: ..."que por ser fuertes, nuevos y por cocer causan a los indios generalmente muy grande daño... de más de ser causa de que tantos menos se lleven de España en perjuicio del comercio y derechos que nos pertenecen". También se prohibió en Panamá la venta de vino "del Aljarafe mezclado con el de Cazalla, ni ambos géneros en una pulpería" (Ley XVII, tít. XVIII, lib. IV).

Para evitar el contrabando se dispuso, en la Ley V, tít. XVIII, lib. IV, "que por el Río de la Plata no pueda entrar gente ni mercadería al Perú, ni se contrate, en hierro, esclavos, ni otro ningún género del Brasil, Angola, Guinea u otra cualquiera parte de la

corona de Portugal, si no fuere de Sevilla en navíos despachados por la Casa de la Contratación".

Tampoco se podía pasar a las Indias "oro ni plata labrada" "hierro de Lieja" ni "pistoletes" (Leyes XXXIV, XXXV y XXXVI, tít. xxxv, lib. ix).

A su vez, no se podía contratar en las Indias "con oro en polvo, ni en tejuelos, que no esté fundido, ensayado y quintado", ni podían vender metales, en general, otras personas que los dueños de las minas (Leyes I, XXIV y XII, tít. xix, lib. iv).

d) Otras restricciones en punto al *objeto* de la contratación.

A los Generales y tripulaciones de las armadas y flotas, así como a los dueños y maestres de naos, se les prohibe que negocien con "bastimentos, pólvora, municiones, jarcias, cables y demás cosas necesarias a los viajes" (Leyes XXXVI, LXXVII y CVII, tít. xv, lib. ix).

En la Ley XIII, tít. xxi, lib. ix, se puntualizó la cantidad de botijas de vino que pueden llevar las gentes de mar y guerra que integraban una tripulación, para obtener con ellas alguna granjería "en consideración del trabajo y riesgo de la navegación". Pero para evitar abusos cometidos al margen de estas medidas de tolerancia y otras semejantes, se ordenó en la Ley XXIX, tít. xvii, lib. ix, al General Veedor y Contador de la Armada, "que hagan tomar para la Armada el vino que ahorrare la gente y que se le pague por cuenta de la avería o caudal de provisiones al precio de Cartagena"; y todavía en la Ley XXXIII del mismo título y libro se agregó: "que los ahorros de raciones no se puedan vender sin la licencia e intervención que se declara".

Como consecuencia de la doctrina expuesta anteriormente sobre la enajenación de los oficios públicos, hubo necesidad de ordenar, atajando prácticas viciosas: "que los relatores no den, vendan, ni truequen los procesos" y "que los alguaciles mayores no arrienden sus oficios ni los de sus tenientes" (Leyes XX, tít. xviii y VIII, tít. xx, lib. ii).

Y para proteger a los soldados contra las operaciones usurarias que se realizaban a cuenta de sus sueldos, se llegó a ordenar "que

no se hagan tratos ni granjerías con las libranzas de sueldos y los soldados los perciban por entero..., porque ha sucedido dar una de mil pesos por ciento de contado, y cobrarla el cesionario luego por entero" (Ley IV, tít. XII, lib. III).

e) Medidas reguladoras del tráfico mercantil en las Indias.

El contenido de las leyes anotadas en las páginas anteriores se refiere, principalmente, al *sujeto* y al *objeto* de obligaciones y contratos, condicionando, por razones diversas, la *capacidad* de personas determinadas para contratar en los territorios de Indias y declarando la *licitud* o *ilicitud* de determinadas mercaderías como *objeto* de contratación.

La doctrina se amplía con otro grupo nutrido de disposiciones que tratan de definir y reglamentar, en términos más o menos generales, el principio de la *libertad de contratación* en las distintas comarcas de estos territorios, dentro, siempre, de las normas de política económica y fiscal establecida por el Estado español, y según las cuales, como ya hemos visto, todo el régimen de comercio entre la metrópoli y sus colonias descansaba en el sistema de monopolio decretado en favor de los grandes mercaderes de Sevilla.

Quede sentado, una vez más, que el carácter *casuista* del conjunto de las disposiciones transcritas y de las que vamos a transcribir, dificulta extraordinariamente todo intento de sistematización.

Pensando en el mejor abastecimiento de los pueblos y ciudades de las Indias, se dispuso, en la Ley VIII, tít. XVIII, lib. IV, "que se comercien y trajinen los bastimentos (mantenimientos y viandas) libremente... por todas las provincias de las Indias".

A los Virreyes del Perú se les ordenó que "no impidan llevar bastimentos de Trujillo y Saña a Panamá"; y a los Gobernadores de Santa Marta que "no impidan la saca de frutos para Cartagena" ni el llevar bastimentos a Portobello... no haciendo falta en las demás (ciudades) de sus distritos" (Leyes X, XI y XII, tít. XVIII, lib. IV).

Se prohibió también "que los Corregidores del Perú no hagan estanco del trigo y harina que se trae a Panamá"; y se permitió "que

los vecinos de Cartagena y Santa Marta puedan comerciar sus ganados de unas partes a otras" (Leyes XIII y XIX, tít. XVIII, lib. IV).

Para seguir favoreciendo en las Indias los intereses de los grandes mercaderes de Sevilla, se estableció, en provecho de estos y de sus factores o representantes, un régimen de libre contratación que les puso a cubierto de enojosas intervenciones de las autoridades municipales, singularmente en lo que se refería a las tasas de los precios. Más de una vez protestaron contra estos privilegios los procuradores de las ciudades de Indias, en largos pleitos sostenidos con tenacidad. Pero sus voces no fueron oídas y los mismos que en la Metrópoli detentaron los cuantiosos beneficios que derivaban de un sistema comercial de monopolio, vivieron en las Indias al amparo de principios de libertad que les permitieron vender sus mercaderías a los precios más altos, sometidos únicamente a la ley del libre juego económico de la oferta y la demanda.

"Que a los mercaderes que llevaren vinos, harinas y otras cosas —se ordenaba en la Ley VI, tít. XVIII, lib. IV— que lo puedan vender por mayor o menor, como pudiesen... *no se les ponga tasa,* y se ponga a los regatones... que lo compraren para revender".

f) Intervencionismo municipal y régimen de tasas.

Fuera de este régimen de excepción establecido en favor de los géneros importados de Europa por conducto de los mercaderes radicados en Sevilla y de sus factores o representantes, los cabildos de las ciudades coloniales gozaron de atribuciones para intervenir en la contratación de las mercaderías necesarias para el abastecimiento de la comunidad municipal, regulando y poniendo tasas a los precios, por medio de las alhóndigas y de los fieles ejecutores. Y las medidas que a este respecto se dictaron repercutieron forzosamente en la esfera del derecho de obligaciones, ya que en cierto modo condicionaron la libertad de contratación.

Así se dispuso: que fuera de las alhóndigas no se pueda vender trigo, harina, cebada y granos; que nadie salga a los caminos a comprar, ni haga precios fuera de la alhóndiga; que los panaderos no compren en la alhóndiga hasta haber tocado la plegaria en la

Iglesia catedral; que los panaderos no pueden comprar más cantidad de la que han de amasar en uno o dos días; que los arrieros y carreteros vayan derechamente a la alhóndiga y traigan testimonios de las compras; que se manifieste ante los diputados lo que entrare en la alhóndiga, jurando si es de cosecha o compra; que los labradores y trajineros vendan dentro de veinte días; que los labradores panaderos declaren con juramento el trigo de su cosecha y pan que amasan cada día (Leyes III a X y XIII, tít. XIV, lib. IV).

Se ordenó también "que se guarden —en las Indias— las leyes de estos Reynos en los pesos y medidas" (Ley XXII, tít. XVIII, lib. IV).

Entre los oficios concejiles de las ciudades de Indias figuró, como en España, el llamado *Corredor de Lonja*. Delimitando su actuación, se estableció, en la Ley XIII, tít. X, lib. IV: los vecinos de nuestras Indias no tengan obligación a tratar y contratar por corredores de lonja, y lo puedan hacer por sus personas, o las que quisieren aunque no lo tengan por oficio, y los corredores no se entrometan en los contratos por menor sobre cosas de comer y beber.

Otras disposiciones de interés menos general se registran también en la Recopilación de 1680, que al regular los precios de ciertas mercaderías o tasar la remuneración a percibir por determinados servicios, condicionaron igualmente, desde distintos puntos de vista, la libertad de la Contratación: "que los mineros sean proveídos de los materiales que hubieren menester *a precios justos*", se ordenó en la Ley IV, tít. XX, lib. IV; "que los carreteros estén en San Juan de Ulhua cuando se ordena, y *lleven los fletes que los años* antecedentes" y "que de Portobello a Panamá no se trajine carga que pase de 8 arrobas y media", preceptuaban las Leyes III y IV, tít. XVII del mismo libro IV.

g) Comercio de oro y plata.

El comercio de oro y plata motivó otra serie de medidas encaminadas a defender tanto los intereses del fisco como los de los particulares: "que no se venda oro ni plata ni otra cosa —que se enviase de las Indias a España— antes de llegar a Sevilla, y que todo se traiga a ella... debidamente registrado; que las Audiencias se in-

formen de las mohatras y rescates del oro, y procedan conforme a derecho —para evitar fraudes y contratos usurarios—; que los compradores de oro y plata de Sevilla tengan compañía de forma que por lo menos sean dos principales a dar cuenta con pago obligado, de lo que así se les vendiere y compraren, y cada uno de los dos dé fianzas legas, llanas y abonadas en cantidad de veinte mil ducados, a satisfacción del Prior y Cónsules de aquel comercio para seguridad de la Hacienda que compraren y recibieren de particulares: y por lo que tocare a la nuestra y la de bienes de difuntos, el Presidente y Jueces de la Casa de Contratación han de tomar fianzas particulares, con las mismas calidades y a su satisfacción, de los dichos compradores de oro y plata, para seguridad de lo que cada uno comprare en la venta que se debe hacer y hace por pregón público del oro y plata nuestro, y de los bienes de difuntos" (Leyes III, tít. XXIV, lib. IV, y I, tít. XIII, lib. IX).

h) Fuero militar.

La existencia del *fuero militar* se refleja en algunas leyes de la Recopilación que por su contenido pueden ser incluídas también dentro de la esfera del derecho de obligaciones: "que los Capitanes, Oficiales y soldados puedan en los contratos *renunciar* el fuero militar", disponía la Ley XVII, tít. II, lib. III, poniendo de relieve que los privilegios contenidos en este fuero, más perjudicaban que favorecían a los militares en lo que se refería a la contratación civil, por el retraimiento que provocaba en los particulares y mercaderes, que evitaban entrar en tratos y relaciones con personas que podían dejar de cumplir lo prometido al amparo del fuero militar.

Otras leyes del tít. XII, lib. III, establecían en favor de los soldados: "que los créditos se den a los soldados para que libremente se valgan de ellos... y no se les obligue a acudir con ellos a mercader cierto y señalado, y les dejen que libremente puedan usar y valerse de los créditos con los mercaderes o personas que quisieren, o más comodidad les hicieren en el precio y bondad de las mercaderías; que a los soldados se pague en tabla y mano propia, y no sean apremiados a reconocer deudas; que los sueldos se paguen en reales y

no en ropa ni otro género... mercaderías, ni deudas, tomando cesiones a crédito contra ellos; que ningún capitán ni otra persona en su nombre fíe ropa a soldado para la paga" (Leyes V, I, III y XXV del tít. y lib. citados).

i) Abastecimiento de ejército y armada.

Para el mejor abastecimiento de las expediciones militares se ordenó "que se guarde el estilo y costumbre en las compras y conducciones de bastimentos... y otras cosas necesarias para la gente de guerra, embargar carretas, caballos y navíos en que las conducir... y asímismo en cuanto al comprar y pagar los precios el cuarto menos del precio ordinario" (Ley XII, tít. XI, lib. III).

Análogas medidas se dictaron para el abastecimiento de las flotas y armadas: que las justicias no impidan —antes den todo el favor y ayuda necesaria— que se compre el trigo necesario para las armadas; que cuando conviniere embargar vino u otra cosa para la armada o flota sea solamente de la cantidad que fuere menester y con intervención del Gobernador y Justicia de la ciudad, villa o lugar; que las Justicias de los puertos hagan proveer las armadas de los bastimentos necesarios a justos precios; que se castigue a los que no dieren buenos bastimentos para las flotas y armadas (Leyes VIII, IX, XXII y XXIII, tít. XVII, lib. IX); que para el apresto y despacho de los navíos pueda la casa apremiar obreros... pagando sus jornales y salario justo que por su trabajo deben haber; que cuando la armada necesitare de hacer obra, las Justicias de los puertos apremien a los oficiales para que trabajen... pagándoles sus jornales a los precios que se acostumbra a pagar cuando trabajan en otras obras semejantes de galeras o navíos particulares (Leyes V y VI, tít. XXXII, lib. IX); que los bastimentos y otras cosas que se compraren sean a los precios más baratos y según en aquella ocasión concertaren y compraren los maestres y dueños de naos merchantas, y aún más aventajadamente, en beneficio de la avería o hacienda de que se hicieren las provisiones, porque comprando más cantidad han de ser los precios más acomodados (Ley XXXV, tít. XVI, lib. IX).

Incluso se llegaron a dictar normas para la elaboración y venta

de la jarcia y para el trabajo de los calafates: que la jarcia del Reino que se vendiere tenga las calidades que esta ley manda; que los curadores del cáñamo lo labren a dos puntas... para poderlo vender; que los que labraren cáñamo no puedan meter entre los canales lumpicas ni prenados; que ninguno que labre jarcia tenga ni compre cables viejos, ni la haga de ellos; que en Sevilla, San Lúcar y Cádiz se puedan examinar oficiales de labrar jarcia; que habiendo ajustado los calafates sus jornales, no alteren el precio hasta acabar la carrera (Leyes II, IV, VI, VII y VIII, tít. XXIX y XIX, tít. XXVIII, lib. IX).

j) Reglamentación del juego.

Por razones de tipo moral y en defensa de las buenas costumbres, se ordenó a los "Generales y Almirantes y demás cabos de las armadas y flotas, no permitan, ni disimulen juegos en sus bajeles, ni en los puertos, en sus posadas, ni en las de otro ningún cabo oficial, y sólo en tierras en el cuerpo de guardia los podrían permitir a los soldados y marineros entre sí (y no con vecinos ni pasajeros) en cantidades muy limitadas, sin consentir se saquen provechos o baratos de las tablas de juego" (Ley CVII, tít. XV, lib. IX); y a los alcaides y carceleros que "no contraten, coman ni jueguen con los presos" ni "consientan juegos ni vendan vino por más de lo que valiere, ni lleven carcelaje a pobres" (Leyes XII y XIII, tít. VI, lib. VI).

Todo el título II del libro VII de la Recopilación, se consagró a dictar normas reguladoras sobre "los juegos y jugadores". Y aun cuando el contenido de estas leyes cuadra más dentro de la esfera del derecho penal que en la esfera estricta del derecho de obligaciones, creemos oportuno, sin embargo, dejar aquí constancia breve de sus preceptos más representativos: "que no se pueda jugar a los dados ni tenerlos, y a los naipes y otros juegos no se jueguen más de 10 pesos de oro en un día", se ordenaba en la Ley I de este título. En las dos siguientes se prohibía, en términos generales, el funcionamiento de las casas de juego y se penaba severamente a las autoridades —"Ministros togados y a sus mujeres"— que las venían consintiendo y explotando. Se permitía en cambio en la Ley V, "que los sargentos mayores gocen del aprovechamiento de las ta-

blas de juego en los cuerpos de guardia". Con respecto a los factores de los mercaderes, no sólo se les prohibía el juego, sino que se ordenaba que "los que con ellos jugaren vuelvan lo ganado con la pena del doblo". No deja de ser significativo que la prohibición del juego se decretase con mayor vigor y amplitud, y de un modo expreso, para las ciudades de Portobello y Panamá.

k) Figuras de contrato: seguros, fletamento, mandato.

Algunas figuras de contrato merecieron atención especial por parte de los legisladores españoles. Tal ocurrió con el contrato de *seguros,* con el de *fletamentos,* con el de *mandatos* en alguna de sus manifestaciones y con el de *arrendamiento de servicios.*

A la regulación del contrato de seguros se dedicaron todas las Leyes del tít. XXXIX, lib. IX, que en resumen decían así: que el que firmare riesgo por otro tenga poder aprobado por el consulado, y deje traslado; que los corredores tengan libro en que asienten las pólizas; que las pólizas firmadas del corredor, y con las calidades que se declaran —dando en ella fe de que la vió firmar a los contrayentes, y estando escrita en su libro—, basten para ejecución y embargo; que ningún corredor firme riesgo por sí ni por otro, ni otro por él; que no se puedan asegurar artillería ni aparejos de naos, y el casco se pueda asegurar como se declara —en póliza aparte y no juntamente con mercaderías; que ningún maestre ni dueño de nao pueda tomar a cambio sobre ella más de la tercera parte, y con licencia del consulado; que si se asegurare nao a tiempo que su pérdida se pueda saber, a legua por hora el seguro sea nulo; que pasado año y medio, la nao asegurada se tenga por perdida, y dejándola a los aseguradores, se pueda cobrar el seguro; que asegurada la mercadería con precio cierto, se comprenda el principal, seguro y costas; que el riesgo de lo alijado o descargado en beneficio de todos, se reparta por avería gruesa... y que lo han de pagar la nao, fletes y mercaderías que en ellas fueren, con que haya sido la ocasión forzosa y sin culpa del maestre; que el premio del seguro se pague dentro de tres meses, y si no, no corra el riesgo; pero se puede pedir antes y después; que si no se cargare lo asegurado, se haya de repetir el premio de ello quince días des-

pués de partida la nao; que deshaciéndose póliza otorgada, se pague medio por ciento al asegurador; que lo que se cargare para San Lucar o en el río, sea como en Sevilla... aunque la póliza no lo declare, y de lo que fuere en barcos para llevarlo a las naos, han de correr el riesgo los aseguradores, aunque la póliza no lo diga; que asegurando más del monto los últimos aseguradores vayan fuera con el medio por ciento; que para cobrar el seguro sea parte el cargador o consignatario; que pasados dos años quede la póliza deshecha en lo que faltare por correr el riesgo, y de ello se vuelva el premio; que la pérdida o avería se haga saber, pida y cobre en los términos de esta ley (se conceden al cargador o dueño dos años para notificar a los aseguradores la pérdida o avería y otros dos "para traer los recaudos con que cobrar"); que en el seguro de venida de Indias se ponga si está hecho otro y cómo, y si no, el que asegurare, pague al asegurador por entero, y lo perdido paguen los primeros aseguradores; que en lo asegurado, la avería del daño o falta sea a cargo del dueño, y la gruesa a cargo del asegurador; que en pólizas de venida no se pueda asegurar el costo del seguro; que descargándose lo asegurado en algún puerto para traerse en otra nao, por falta de la que se cargó, el asegurador pague averías, costas y gastos, y corra el riesgo, como se declara, en la nao o naos en que se volvieren a cargar, aunque sea pasados los dos años; que en el caso de la ley antecedente las costas y gastos se paguen por el juramento del que los hiciere, y después pueda hacer prueba sobre ello; que los aseguradores no paguen del oro o plata el costo de la reducción; que se cobre a los aseguradores lo que en algún puerto tomare la justicia, dando recaudo para pedirlo; que la fe del registro sea la verdadera cargazón, y el día que se registrare sea el de la carga, y se prefiere el primero (es decir el primer registro al segundo, aunque éste sea cargado antes); que se manifieste lo que se cargare ante el escribano de registros, y por cuya cuenta, y no se corra riesgo hasta el registro; que habiendo riesgo antes del registro, se tenga por tal el libro del escribano, y por él y el juramento se cobre, y faltando libro se pruebe con testigos; que la pérdida de naufragio o descarga se pague por man-

damiento del consulado sin apelación, con la fianza de esta ley (esta fianza debían prestarla los aseguradores "de que si pareciere no ser bien cobrada —la cantidad recibida— volverán lo que recibieren, con 33 por ciento de interés"); que la nao se entienda no estar para navegar cuando se descargue por la justicia, y entonces se cobren los gastos o se haga dejación, ... lo cual se entienda no acaeciendo lo susodicho en el puerto donde se carga la mercadería, porque descargándose en el puerto donde se cargó, aunque se haya descargado por mandamiento de la justicia, no se ha de hacer dejación de las mercaderías, y el cargador ha de poner cobro en ellas, y los aseguradores le han de pagar las costas y fletes, si hubiere y corriere el riesgo en el mismo navío, o en otros donde se volviere a cargar; que el riesgo se pueda cobrar por carta del factor o asegurador con la fianza, forma y pena de esta ley (la fianza había de versar sobre la presentación de la fé del registro, dentro de dos años después de la sentencia; y si no la prestare "volverá como depositario luego lo que cobró, con más los 33 por ciento del interés, si el asegurador lo quiere cobrar"); que no se hagan pólizas públicas ni secretas, sino de lo que fuere o viniere registrado; que en los seguros de esclavos o bestias se declare así; y se paguen de las que se echaren al mar sin ser por avería gruesa; que lo asegurado se entienda conforme a la póliza general y leyes de este título, las cuales no se pueden renunciar.

En la Ley XXXV y siguientes de este título XXXIX, lib. IX, que en resumen acabamos de transcribir, se puntualizan todos los requisitos de forma y contenido de la "póliza general de ida a las Indias", de la "póliza general de venida de las Indias" y de la "póliza general para los cascos de navíos".

Como declaraciones sobre todos estos tipos de póliza se establecía lo siguiente: que diciendo la póliza *mercaderías*, sólo se exceptúen esclavos, bestias, cascos, aparejos, fletes y artillería; que el riesgo corra desde que las mercaderías se comenzaron a cargar (bien directamente en la nao y en Sevilla, bien por medio de barcos que las llevaren a la nao, hasta San Lúcar); que el riesgo para Nueva España se entienda hasta estar lo asegurado en la Veracruz en sal-

vamento; que las naos puedan, en cuanto a los seguros, hacer escalas en los puertos que se declara, y con las calidades de esta ley (se especifican los distintos puertos de escala según el lugar de determinación y se establece que "todas dichas escalas han de ser con licencia expresa nuestra y no de otra forma"); que la nao que yendo a Indias, fuere por las Islas de Cabo Verde, no sea a cargo del asegurador; que en el costo y valor de lo asegurado, se esté al juramento del cargador; que el riesgo se entienda de mar, viento, fuego, enemigos y amigos, y otro cualquier caso, excepto baratería de patrón y mancamiento de mercaderías; que las costas de cargar y descargar mercaderías en caso de necesidad, sea por el seguro; que si la nao hubiere de ir por otro viaje, lo ha de decir la póliza ("entiéndese que la dicha nao no puede hacer escala de más de las dichas ante el Prior y Cónsules, en cualquiera puerto o puertos no prohibidos"); que si la póliza fuere sobre esclavos o bestias, se declaren en ella; que lo asegurado —en viaje de vuelta— corra el riesgo hasta desembarcar en el puerto de las Muelas de Sevilla; que lo asegurado desde Honduras se pueda traer a la Habana, y allí cargado en otro navío y registro; que lo asegurado en Puerto Rico se pueda llevar a Santo Domingo a otra nao y registro; que lo asegurado desde el Cabo de la Vela se pueda llevar a Puertobello o Santo Domingo, a otra nao y registro; que las pólizas de Indias se entiendan sueldo a libra entre los aseguradores a pérdida o ganancia; que si los navíos fueren con temporal a otros puertos, o dejaren lo asegurado en ellos, corra el riesgo hasta Sevilla; que si el seguro se hiciere en nao señalada diga la póliza el nombre de la nao y maestre; que el asegurador por otro lo diga en la póliza, y pueda cobrar el riesgo y hacer dejación sin poder; que se guarden las leyes de este título so las penas contenidas y cincuenta mil maravedís para la Cámara

La formalidades prescritas en estas leyes para las pólizas de seguros fueron modificadas por Real Cédula de 7 de marzo de 1787.

Con amplitud mucho menor se reguló en la Recopilación de 1680 el contrato de fletamento. Partiendo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en la celebración de este

contrato —Ley VI, tít. XXXI, lib. IX—, se dictaron también algunas normas para evitar posibles abusos de maestres y capitanes —Leyes V y VII del título y libro citado— y para amparar la jurisdicción de las justicias ordinarias en los pleitos que pudieran suscitarse sobre "los daños de lo que llevaren los maestres y sus averiguaciones" y sobre el pago de los fletes. El intervencionismo del Estado español se acusa en la reglamentación detallada que se establece sobre la manera como debe hacerse el aforo de las toneladas de desplazamiento, según la naturaleza de las distintas mercaderías.

Las disposiciones que en cierto modo condicionaron el contrato de mandato, se refieren principalmente a los procuradores de las Audiencias y tienen, por lo tanto, más interés para el estudio del derecho procesal y organización judicial que para la exposición histórica del derecho de obligaciones. A la reglamentación de este oficio, se consagró todo el título XXVIII del libro II. Se previno en la Ley III de este título: "que donde no pudiere haber procuradores —porque en las capitulaciones de descubrimiento se hubiera preceptuado que durante cierto tiempo no pudieran entrar procuradores ni letrados— lo puedan ser unos vecinos por otros".

De los factores, mandatarios en el orden mercantil, ya hemos visto algunas disposiciones interesantes referentes a su actuación, al estudiar el contrato de seguro.

Otros preceptos legales sobre esta institución que cabe recoger aquí son los siguientes: que los factores y compañeros tengan libros de gastos y empleos (o inversiones), y si fueren argüidos de falsos, el consulado ordene se hagan las cuentas como esta ley dispone ("... por las menores costas, más baratas compras y más crecidas ventas, que en los mismos tiempos, lugares y géneros se hubieren hecho por otros"); que los factores que fueren a emplear (invertir), guarden la orden que llevaren; que el factor no pueda emplear para sí al fiado, ni obligarse como principal o fiador, so las penas de esta ley; que los factores empleen todo lo que llevaren de sus encomenderos conforme a sus memorias; que los

factores que fueren a emplear vuelvan en la primera flota o navíos; que los factores o compañeros sean obligados a ir a dar las cuentas donde otorgaren los factorajes o compañías; que ninguno del comercio, maestre o dueño de nao o recua reciba cosa alguna de criado, factor o mozo de tienda... en que se pueda presumir ocultación o fraude; que ninguno reciba por factor al que lo fuere de otro sin su consentimiento (Leyes LIX a LXVI, título XLVI, lib. IX.

De las leyes reguladoras del contrato de arrendamiento de servicios, nos ocuparemos al estudiar la condición jurídica de los indios dentro de la esfera del derecho de obligaciones.

10) Requisitos de forma y maneras de pago.

Cerraremos ahora esta exposición recogiendo algunos preceptos legales sobre los requisitos de forma y manera de efectuar el pago en ciertos contratos, junto con otros que se contienen en los núcleos de leyes dedicados a regular el derecho mercantil y marítimo de la época.

Por motivos estrictamente fiscales se dispuso en las Leyes XXVII, XXIX y XXX, tít. XIII, lib. VIII: que los corredores y terceros —que actúan como mediadores— de ventas, compras y trueques, tengan libro y den noticia a los receptores de alcabalas; que las ventas y contratos de que se debieren alcabalas pasen ante los Escribanos del número... y si no los hubiere, ante otros Escribanos y Notarios los cuales sean obligados a dar cuenta cada mes al Receptor; que los Escribanos no admitan cédulas simples para reconocimiento ante las Justicias sin citar a los Recaudadores de la Alcabala... porque por hacer fraudes, los mercaderes otorgan muchas compras y ventas por cédulas y no por escrituras públicas las cuales cédulas hacen reconocer luego ante las Justicias y Escribanos".

En cuanto a "los contratos y conciertos que se hicieren en cualquier forma entre marineros y pasajeros del navío durante la navegación y viajes", ordenaba la Ley VII, tít. XX del lib. IX, que se "han de pasar ante el Escribano del mismo navío y testigos, los cuales han de firmar con el Escribano".

La escasez de moneda en algunas comarcas llevó al legislador a aceptar que los pagos de las obligaciones se hicieran en otros objetos de valor tasando su equivalencia monetaria: "que si en la Margarita y Río de la Hacha se pagaren las obligaciones... en perlas (por no haber moneda corriente) se haga el cómputo a razón de 16 reales el peso de oro, y lo mismo se practique en los salarios. Y declaramos que pagando el deudor en esta forma, no puede ser apremiado a otra cosa" (Ley VII, tít. XVIII, lib. IV). En cambio, en la Ley XXXIII, tít. X, lib. VIII, se ordenaba "que no se haga contrato a pagar en piñas, planchas o en otra cualquier plata sin quintar... excepto si el contrato fuere en el asiento de minas donde no hubiere fundición más cercana, que en este caso se podrá hacer, expresando en el contrato que la plata se ha de llevar a él con registro de la justicia".

Entre las leyes del título XLVI, lib. IX, dedicado a regular el funcionamiento de los Consulados de mercaderes de Lima y México, además de las referentes a los factores anteriormente recogidas, se encuentran otras dos que tienen interés desde el punto de vista contractual. Son éstas la LVIII, que ordena "que ningún mercader de tienda pueda ser banco público", y la LXXII, que prohibe a los mercaderes que celebren entre sí escrituras "confesando el uno al otro deber la cantidad en que se vendieren algunas mercaderías, por otra tanta que le hubiere prestado, en oro o plata, no procediendo la deuda de préstamo, sino de venta y mercaderías".

a) Preceptos derivados de la reglamentación del tráfico marítimo

Al reglamentar la navegación y comercio de las Islas de Barlovento y provincias adyacentes, y de las permisiones en el título XLII del lib. IX, se establecía: "que las mercaderías de navíos de permisión no se saquen para otras partes; que de las Islas de Barlovento se puedan trajinar las cosas de comer que se llevaren de estos reinos; que el navío que llegare a Puerto Rico pueda vender sus mercaderías, cargar frutos y pasar a Tierra Firme; que en la Isla Española puedan los que quisieren tratar en gengibre

y traerlo a estos Reinos; que los vecinos de la gobernación de la Grita... no yendo navíos de permisión de estos Reinos... puedan trajinar sus frutos en los navíos que tuvieren, como se ordena; que los navíos que recibieren cargo de frutos, reciban los decimales, pagando sus fletes (se refiere a los diezmos eclesiásticos); que el repartimiento de la permisión del Río de la Plata se haga con igualdad" (Leyes XVI a XXI y XXX del título y libro citados).

Medidas de carácter análogo se contienen en las Leyes del título XLV del mismo libro IX, al reglamentar la navegación y comercio de las Islas Filipinas, China, Nueva España y Perú.

Entre las leyes dictadas para regular los casos de "navíos arribados, derrotados y perdidos", merecen registrarse aquí las siguientes: que la hacienda de navíos perdidos se envíe con los autos y escrituras... y los bienes que se pudieren conservar sin dañarse, no se vendan y los que no se pudieren buenamente conservar se vendan en pública almoneda... y lo procedido se junte con los otros bienes: y si hechas estas diligencias no pareciere dueño con recaudos suficientes, se envíen todos los dichos bienes a la Casa de Contratación de Sevilla como de difuntos; que ninguna persona pueda comprar, recibir ni vender cosa alguna de navíos arribados so las penas de esta ley; que las mercaderías que se alijaren, se repartan por todas las de la nao (Leyes XXII, VII y XXI, título XXXVIII, lib. IX).

b) El derecho de obligaciones y los Indios

Los preceptos que se contienen en la Recopilación de 1680 definiendo la situación de los indios en la esfera del derecho de obligaciones responden al principio general ya expuesto al estudiar la condición jurídica de los aborígenes sometidos: consideran a éstos como personas de las llamadas en derecho *miserables,* y por lo tanto de capacidad restringida y necesitadas de una especie de tutela legal. Por eso se condiciona su libertad en orden a la contratación y al mismo tiempo se promulgan nutridas series de disposiciones legales para protegerles en sus relaciones con los españoles, singularmente en lo que se refiere al régimen de trabajo.

"Que los indios puedan libremente comerciar sus frutos y mantenimientos", se disponía en términos generales en la Ley XII, título I, lib. VI, completándose esta declaración con lo contenido en las siguientes leyes del mismo título y libro: que entre indios y españoles haya comercio libre a contento de las partes... con que los indios no sean inducidos, atemorizados, ni apremiados... y no se puedan rescatar, ni dar a los indios armas ofensivas, ni defensivas; que se procure que los indios sean acomodados en los precios de los bastimentos y cosas que compraren... y que los hallen más baratos que la otra gente, en atención a su pobreza y trabajo; que los indios puedan hacer sus tiangues y vender en ellos sus mercaderías y frutos; que no se pueda vender vino a los indios.

En la Ley XXI, tít. XVIII, lib. IV, se ordenaba: "que no se impida a los indios enviar grana y cochinilla a estos Reinos por su cuenta"; y en la X, tít. X, lib. VI, que "si para la provisión de los pueblos conviniere obligar a los indios a que lleven algunos bastimentos, sea de forma que no reciban agravio, y puedan vender libremente y sin tasa... y en caso que sea conveniente ponerle serán los precios justos, y los indios pagados con que no vayan de tanta distancia que les cause perjuicio".

Abolidos ya los servicios personales que los indios venían obligados a prestar a los españoles encomenderos, se hizo necesario organizar el régimen de trabajo de la población sometida sobre nuevas bases jurídicas y económicas: la institución de la *mita* y el régimen del salariado dentro de un contrato de arrendamientos de servicios.

Una y otra institución se regulan con amplitud en la Recopilación de 1680.

De la *mita* ya hemos expuesto anteriormente sus rasgos fundamentales, puesto que su estudio corresponde más al campo de las instituciones sociales y económicas que al de las estrictamente jurídicas.

El contrato de arrendamientos de servicios se manifiesta en la legislación como un intento, no siempre logrado, de armonizar el principio de la libre determinación del indio trabajador con las

necesidades económicas de la época, saliendo al paso, al propio tiempo, de los abusos más que posibles de los patronos españoles.

"Ordenamos —se declara en la Ley I, tít. XII del lib. VI— que en todas nuestras Indias se introduzca, observe y guarde que los indios se lleven y salgan a las plazas y lugares públicos acostumbrados para esto, donde con más comodidad suya pudieran ir, sin vejación ni molestia, más que obligarlos que vayan a trabajar... por días o por semanas, y ellos vayan con quien quisieren y por el tiempo que les pareciere... y de la misma forma sean compelidos los españoles vagabundos ociosos, y los mestizos, negros, mulatos y zambaigos libres, que no tengan otra ocupación ni oficio... con que el trabajo de los indios no sea excesivo, ni mayor de lo que permite su complexión... y que sean pagados en mano propia como ellos quisieren y mejor les estuviere."

De esta obligación de arrendar su trabajo o jornal quedaron excluídos los indios labradores, cultivadores de tierras propias o ajenas, y los especializados en algún oficio (Ley II, tít. XII, lib. VI).

A los indios así contratados, se les habían de pagar los jornales del tiempo que invirtieran en ir al lugar del trabajo y en volver a sus domicilios. La distancia a recorrer no podía exceder de diez leguas (Ley III, tít. XII, lib. VI).

Se prohibió en términos generales que los indios llevaran cargamento de un sitio a otro "contra su voluntad, ni de su agrado". Sólo en aquellos casos "donde no hubiere caminos abiertos o bestias de carga... vista la necesidad y que de otra forma no se puede suplir", se facultaba a las autoridades para que tasen y señalen cuántos indios se han de conceder, el peso de las cargas, camino y distancia, y la paga que han de percibir. (Leyes VI a X, título XII, lib. VI).

En los puertos se permitió que los indios se pudieran alquilar "para descargar nao y llevar la hacienda media legua".

Aun en los casos en que fué permitida la prestación de este trabajo de carga, se excluía a los indios menores de 18 años y se preceptuaba que la carga no pudiera exceder de dos arrobas (Leyes XI, XII y XIII, tít. XII, lib. VI).

Sobre los jornales a percibir por los indios se estableció en la Ley II, tít. XIII, lib. VI "que si los indios no se moderaren en el precio de sus jornales los tasen las Justicias"; y en la VII del mismo título y libro, "que a ninguno se pague un jornal en chicha, vino, miel ni hierba".

A las mujeres e hijos "de indios de estancias" no se les podía obligar a trabajar. Pero "si de su voluntad y con la de sus padres quisiere algún muchacho ser pastor, se le den cada semana dos reales y medio, que sale cada mes a diez reales, y cada año a cinco pesos... y más la comida y vestido a uso de indios" (Ley IX, título XIII, lib. VI).

El trabajo a destajo se permitió, con tal de que el precio convenido lo percibieran realmente los indios y no sus caciques, y siempre que los interesados aceptasen el destajo por su propia voluntad, con intervención de la justicia y no por imposición de los patronos españoles (Ley XII, tít. XIII, lib. VI).

Con respecto al servicio doméstico, para defender a los indios contra posibles abusos de los españoles, se ordenó que no se pudieran concertar para servir por más de un año (Ley XIII, título XIII, lib. VI).

A los indios encargados del cuidado de haciendas y bagages de españoles, se les eximió de responsabilidad "en caso que sin culpa o por descuido suyo se les van o hurtan"; y lo mismo a los indios pastores con respecto a los ganados, salvo que se concertare expresamente lo contrario "y por esto se le diere equivalente recompensa" (Leyes XVI y XVII, tít. XIII, lib. VI).

Se prohibió rigurosamente "que ninguno ceda en otro los indios que hubiera alquilado" (Ley XVIII, tít. XIII, lib. VI).

Los indios jornaleros, como los que prestasen servicios en las casas del patrono, no podían ser privados de asistir a misa y a la doctrina y habían de recibir asistencia sanitaria en caso de enfermedad (Leyes XXI, XXII y XXIII, tít. XIII, lib. VI).

En las ordenanzas para el cultivo de la coca, recogidas en las Leyes del título XIV, libro VI, se dispuso que no podía exigirse obligatoriamente a los indios el trabajo en las chacras dedicadas

al cultivo de la coca; que el plazo de duración de los contratos de trabajo para esta clase de cultivos, había de ser fijado por las Justicias, así como los salarios a percibir; que estos contratos no eran prorrogables; y que los dueños de chacras venían obligados a la manutención de los indios trabajadores, a procurar que el trabajo se desenvolviera en condiciones de salubridad, al sostenimiento de médico, cirujano y botica y a no estorbar a los indios la santificación de los domingos y días de fiesta.

Se prohibió también el trabajo obligatorio de los indios en el beneficio del añir.

Para el laboreo de las minas se permitió el trabajo voluntario de los indios, además del obligatorio impuesto por el sistema de la *mita*. Los jornales habían de ser "competentes y proporcionados al trabajo de los indios y a las otras circunstancias que constituyen el justo valor de las cosas, y págueseles el camino de ida y vuelta". Se prohibió que el desagüe de las minas se hiciera con indios "aunque sean voluntarios" (Leyes del tít. XV, lib. VI).

Con respecto a los indios de Chile se ordenó "que los indios no encomendables y puestos en la Corona no se repartan de *mita* ni se alquilen... y si... se quisieren alquilar a español, págueseles el justo precio ante el capitán, y no se consienta pagar ese vino, como está ordenado universalmente" (Ley VII, tít. XVI, lib. VI).

A los del Río de la Plata, Tucumán y Paraguay se les permitió que se pudieran alquilar "como los españoles, por días o por años, conque siendo por un año no pueda bajar el concierto de lo que en cada provincia estuviere tasado". Se les prohibió, en cambio, que pudieran concertarse para sacar hierba del Paraguay (Leyes del tít. XVII, lib. VI).

El trabajo en los obrajes de paños no podía ser exigido a los indios obligatoriamente. Aunque se prohibió el arrendamiento de los obrajes de paños, se hizo una excepción con los que pertenecieran a comunidades de indios (Leyes II y VI, tít. XXVI, lib. IV).

Se admitió que "los indios muchachos puedan servir voluntariamente en obrajes" (Ley X, tít. XIII, lib. VI).

En los ingenios de azúcar y en las pesquerías de perlas se prohibió el trabajo de los indios, aun cuando quisieran hacerlo

voluntariamente, por considerarlo pernicioso a su salud. Se consintió, en cambio, que pudieran servir "en la corta y acarreo de la caña" (Ley XI, tít. XIII, lib. VI).

Para "la boga en el río Magdalena" se ordenó que se compraren negros, "y en el ínterin sirvan indios" (Ley XXV, tít. XIII, lib. VI).

Se prohibió que los indios pudieran ser condenados por sus delitos a la prestación de servicios personales en favor de particulares. Pero se consintió que pudieran serlo en beneficio de "conventos y república" (Leyes V, tít. XII, lib. VI, y X, tít. VIII, lib. VII).

A los jueces eclesiásticos se les ordenó que "no condenen a los indios a obrajes, ni permitan que les defrauden sus salarios". Tampoco podían condenarles "a que su servicio se venda por algunos años" (Leyes VII y VIII, tít. X, lib. I).

En los casos en que "algún indio estuviere preso por deuda y por no tener con que pagar se hubiere de entregar a su acreedor para que le sirva", se ordenaba a los Oidores que observaren "las leyes de estos Reinos de Castilla, que sobre esto disponen y entreguen al indio al mismo acreedor, para que le sirva el tiempo que pareciere necesario a pagar la deuda: y si el acreedor no lo quisiere recibir ni servirse de él en pago, le mande soltar y no permitan que para este efecto se venda a otra persona alguna (Ley XIV, tít. VII, lib. VII).

A los religiosos se les prohibió que se sirvieran de los indios, "y en casos muy necesarios, sea pagándoles... lo que merecieren y el gobierno hubiere tasado por sus jornales (Ley LXXXI, título XIV, lib. I).

Para el mejor cumplimiento de las disposiciones dictadas en defensa de que por parte de los indios pudieran ser observadas las fiestas religiosas de precepto, se ordenó "que cuando los indios fuesen a misa las fiestas, no vayan las Justicias a hacer averiguaciones con ellos a las puertas de las Iglesias". La contravención de esta orden se castigó con "perdimiento del oficio que tuviere, siendo suyo, y de la deuda que se debiere y fuere a averiguar (Ley XVI, tít. I, lib. I).

INDICE

Págs.

Advertencia preliminar 7-8

I. Bases jurídicas de la colonización española en América 9-19

A. El derecho castellano, las primitivas costumbres jurídicas de los indios aborígenes y el derecho propiamente indiano 9

B. Carácter de las expediciones descubridoras: el esfuerzo privado individual y la acción oficial del Estado.—Las capitulaciones.—Política de población: las Ordenanzas de 1573 15

II. Las instituciones sociales 21-35

A. Núcleos sociales peninsulares que nutrieron las expediciones descubridoras y colonizadoras 21

B. El problema jurídico del extranjero en la colonización española de América 22

C. Las clases sociales en los territorios indianos . . 24

D. Los indios: su condición jurídica, económica y social 26

III. Las instituciones económicas 37-45

A. Las *Regalías* 37

B. El régimen de la tierra; agricultura y ganadería . . 38

C. Régimen minero 39

Págs

D. Comercio y navegación 41
E. Rasgos generales de la política económica de España en las Indias 44
IV. Gobierno y Administración 47-60

A. Los Adelantados-Gobernadores 47
B. Las Audiencias 47
C. Los Virreyes 49
D. Los Capitanes Generales-Gobernadores y los Gobernadores, Alcaldes Mayores o Corregidores . . 51
E. Régimen municipal 51
F. Los órganos de Gobierno radicados en la Metrópoli. Casa de Contratación de Sevilla. Consejo Supremo de las Indias, Visitas y Residencias . . . 53
G. Organización fiscal y régimen tributario . . . 57
H. El Regio Patronato Indiano 58
I. Las grandes reformas políticas y administrativas del siglo XVIII 59

V. Las instituciones del derecho privado 61-160

A. La regulación jurídica de la familia 62
B. La condición jurídica de la mujer 83
C. El derecho de sucesión 101
D. El derecho de propiedad 113
E. El derecho de obligaciones 145

Este libro se acabó de imprimir en la imprenta Gráfica Panamericana, Pánuco 63, el día 10 de agosto de 1941, bajo la dirección de Daniel Cosío Villegas *y* Javier Márquez.